choices IRPP

Courts and Legislatures

Vol. 5, n° 2
JUNE 1999
ISSN 0711-0677

Jacob S. Ziegel

Professor of Law Emeritus
University of Toronto

Merit Selection and Democratization of Appointments to the Supreme Court of Canada

Peter Russell and Paul Howe
Editors' Note 2

Jacob S. Ziegel
Merit Selection and Democratization of Appointments to the Supreme Court of Canada

Introduction 3

The Supreme Court's Adjudicative Roles 4

Existing System of Appointments to the Supreme Court 5

Comparative Methods of Appointment to the Highest Courts 6

Origins and Evolution of the Executive Appointive System in Canada 8

Canadian Developments: The Case for a Nominating System for Appointments to the Supreme Court 9

Modus Operandi of Nominating Committee 10

The Case for a Confirmation Procedure 13

A Supreme Court Nominating Committee or a Confirmation Procedure, or Both? 17

Constitutional Position 18

Conclusion 19

Editors' Note

Supreme Court appointment procedures have been coming under heavy scrutiny in recent months as a vacancy has opened up on the Court with Justice Peter Cory's decision to retire. A successor, Louise Arbour, has been duly appointed.

While this selection process involves the Justice Minister and other officials, the final decision about Supreme Court appointments lies with the Prime Minister. Given the prominent role played by the Supreme Court nowadays, however, there is considerable pressure building to find a new method of selection.

Jacob Ziegel of the University of Toronto Law School has been following this issue for many years and firmly believes change is in order. Drawing on a comparative analysis of the procedures in place in other jurisdictions, Professor Ziegel calls for parliamentary hearings to confirm potential appointees put forward by the Prime Minister. He also favours what is perhaps a more attainable reform, the establishment of a nominating committee. Such a committee, with representatives from the federal and provincial governments, the legal community and others, would present the Prime Minister with a short-list of recommended candidates for Supreme Court vacancies.

The results of a recent IRPP survey on Canada's courts, to be reported in a forthcoming *Choices* paper in the *Courts and Legislatures* series, suggest that Professor Ziegel's recommendations would find considerable favour among the Canadian public. The survey asked 600 Canadians what they thought of the Prime Ministerial method of appointment and found that only eight percent approve. What Canadians would like to see instead is a process involving parliamentary and/or provincial input.

Whether any of this will come to pass remains to be seen. There is deep resistance in some quarters to tinkering with our institutions of governance, stemming perhaps from the acrimony and division stirred up by past constitutional reform efforts. But as Professor Ziegel points out, it is questionable whether the changes he proposes would require any constitutional amendment. With practical reform proposals on the table and public disenchantment seemingly on the rise, the onus is on the federal government to give serious consideration to alternative ways of selecting Canada's Supreme Court judges.

a n n o u n c e m e n t

Forthcoming *Choices* in the *Courts and Legislatures* series:

- **Janet Hiebert (Queen's University), *Wrestling with Rights: Judges, Parliament and the Making of Social Policy*, which examines how the Charter has affected the development of government policy and the evaluation of legislation.**
- **Joseph Fletcher (University of Toronto) and Paul Howe (IRPP), *Canadian Attitudes Toward the Charter and the Courts: Results of a Recent IRPP Survey in Comparative Perspective*, which reports initial results of a national survey commissioned by IRPP.**
- **Gregory Hein (McMaster University), *Interest Group Litigation in Canada, 1988-1998*, which seeks to explain why certain interest groups choose litigation as a means of advancing their interests and documents their success rates.**

Introduction

The long simmering debate over the appropriate method of appointing judges to the Supreme Court of Canada in the Charter era has flared up again over the past year. It is safe to assume that the debate will continue to attract the attention of Supreme Court watchers until a more satisfactory method of appointment is adopted than the present.

The current resurgence of interest is illustrated, among others, by the following events. In Alberta and elsewhere in Canada, right wing politicians have long been critical of the activist role of the Supreme Court.[1] The criticism mounted last year with the Supreme Court's decision in the *Vriend* case[2] declaring Alberta's Human Rights Code to be in violation of the equality provision in the Charter because it discriminated against gays and lesbians.[3] Critics urged the Klein government to use the override provision in the Charter to reverse the Supreme Court's judgement, although the province eventually decided against it. Then, much more recently, Justice McClung's unprecedented public outburst over Justice L'Heureux-Dubé's criticisms of his judgement in the *Ewanchuk* case[4] sparked a vigorous media debate on gender issues in the Supreme Court and Justice L'Heureux-Dubé's gender philosophy.[5]

Not surprisingly, these events have encouraged editorialists and politicians to renew their calls for greater transparency in the appointment of Supreme Court judges.[6] Members of the Supreme Court have also been drawn into the debate. Last September, shortly after announcing his retirement from the Court, Justice Gérard V. La Forest indicated his support for some sort of confirmation procedure for appointments of Supreme Court judges.[7] On the other hand, in a similar but more recent interview following the announcement of his retirement, Justice Peter Cory expressed strong opposition to any confirmation procedure that included questioning of nominees for appointment about issues likely to come before the Court.[8] In a subsequent address to law students, Justice Frank Iacobucci also expressed his hostility to a public confirmation procedure.[9]

Meanwhile, reacting to common knowledge in the Toronto legal community that supporters of John Laskin and Rosie Abella, both members of the Ontario Court of Appeal, had actively lobbied for their favoured candidate to succeed Justice John Sopinka on the Supreme Court, Chief Justice Lamer publicly rebuked both factions for engaging in conduct that, in his view, was bound to tarnish the Court's good image in the public eye.[10]

Events of this genre are not peculiar to Canada. Similar debates about the role of the country's highest court and desirable changes in the method of appointments are taking place in Australia, England and New Zealand, and in the Council of Europe with respect to the European Court of Human Rights. At the same time, a vast literature has been spawned in the US about the confirmation procedure for appointments to the US Supreme Court following the Senate's rejection of Robert Bork's nomination in 1988 and the approval of Clarence Thomas by a narrow margin in 1991.

What is surprising about the Canadian scene is that since the rejection by Canadian voters of the Charlottetown Accord, both the Conservative and Liberal governments have evinced no interest in revising the selection method for appointments to the Supreme Court. In the case of the current administration, this may suggest either that Prime Minister Chrétien is quite happy with the existing system or that he feels that any changes must take place in the framework of generally agreed upon constitutional changes — changes, as he has often made clear, that are unlikely to take place in the foreseeable future. Another article, therefore, on appointments to the Supreme Court may seem futile. I do not share this pessimism and this article

proceeds from the premise that greater accountability and transparency in the appointments is much overdue although some constitutional hurdles may have to be overcome in order to bring about the necessary changes.[11]

Two alternative or cumulative recommendations are presented below to address the shortcomings of the existing system of appointments:

- The establishment of a nominating committee that would present the Prime Minister with a short list of candidates to fill vacancies as they arise;
- The introduction of a parliamentary confirmation procedure for candidates presented by the Prime Minister for appointment to the Supreme Court.

Before describing these recommendations, I first consider the role of the Supreme Court, the existing appointment procedure, and the methods in place in other countries for appointments to the highest courts.

The Supreme Court's Adjudicative Roles

An appropriate starting point for the discussion is an appreciation of the overarching role played by the Supreme Court in Canada's legal firmament.[12] The Court's position as the final arbiter of the meaning and interpretation of the Charter of Rights and Freedoms is its most visible and intrusive role since 1982, but it is only one of several roles. Since the abolition of appeals to the Privy Council in 1949, the Court has also become the court of last resort in appeals concerning the division of powers between the federal and provincial governments and on all other constitutional questions arising under the Constitution Act, including being expected to advise the country on the meta-legal rules applying in a post-secessionist Canada!

Thirdly, unlike many other constitutional courts in the Western hemisphere, the Supreme Court discharges the very heavy burden of supervising Canada's criminal justice system and other public law areas, as well as having the last word on judicially crafted doctrines and principles in the private law area applicable at both the provincial and federal levels. It is common to speak of the Supreme Court's role in the non-constitutional arena as being interstitial in character since its decisions can be changed by legislation. This is true in theory but it does not reflect the actual practice since to a large extent the federal and provincial legislatures have been content to let the courts apply and develop private law principles with little interference, especially those applying outside Quebec. Significantly, the Supreme Court's value-laden Charter role has also encouraged it to adjudicate much more boldly on non-Charter issues than it did before 1982.[13]

Still, it is the Court's decisions on the Charter that have engendered the most debate and, it is safe to assume, will continue to do so in the future. It is easy to see why. In a couple of dozen sections the Charter entrenches those democratic, legal and egalitarian values regarded as fundamental in regulating relations in a modern liberal state between a government and its citizens. Unavoidably, since the values themselves are open-ended and relative, so are the Charter provisions. It is left to the nine members of the Court to give them meaning and content, and equally to determine when the rights-oriented norms can be departed from under section 1 of the Charter because of compelling societal needs. Apparently some Canadian judges still believe that this "interpretive" task is no different from the roles played by the Supreme Court before 1982,[14] but clearly this is not so. In giving content to the Charter provisions, judges are bound to bring into play their own political philosophies and life experiences and thus to support or disappoint the various interests appearing before them.

This consequence of the entrenchment of a bill of rights is well understood in the US and accounts for the close scrutiny and sometimes fierce debates surrounding new appointments to the US Supreme Court. As Justice Felix Frankfurter wrote in 1930, "It is because the [US] Supreme Court wields the power that it wields, that appointment to the Court is a matter of general public concern and not merely a question for the profession. In truth, the Supreme Court *is* the Constitution."[15] These words are equally apt in describing the role of the Canadian Supreme Court.[16]

Existing System of Appointments to the Supreme Court

Anomalously for a federal system and subject to what is said hereafter, the Supreme Court is not entrenched in the Canadian constitution. In fact, the Supreme Court was not mentioned by name before the adoption of the Constitution Act 1982. Rather, the Constitution Act 1867 merely *empowered* the federal Parliament to establish a general court of appeal for Canada[17] and that power was only exercised eight years later with the establishment of the Supreme Court in 1875.[18]

This casual approach to the need for an indigenous final court of appeal for Canada was not accidental. On the contrary, it very much reflected the belief of the Fathers of Confederation that the Privy Council in London should remain the court of final resort on questions of Canadian law, not only on questions of constitutional law and in other public law areas but in matters of private law as well. Although sentiments began to change after the First World War, it was not until 1949 that appeals to the Privy Council were fully abolished[19] and that the Supreme Court truly became master in its own home.

During the intervening 74 years the Supreme Court was not only eclipsed by the much greater prestige and senior position occupied by the Privy Council, but it suffered the further indignity that if the litigants so elected appeals from provincial appellate decisions could be taken direct to the Privy Council, and in practice often were.[20] Still worse, successive federal governments also treated the Supreme Court as a mere adjunct of the executive arm and not as a separate branch of government. Appointments to the Court were tarnished by patronage, just as they were at the provincial level in appointments to the provincial superior courts, and the Court's judgements were of indifferent quality. In Peter Russell's trenchant description, the Court was "a thoroughly second rate institution and treated as such by the federal government."[21]

Abolition of appeals to the Privy Council was one important step in the post-World War II transformation of the Supreme Court but others were equally important in improving the efficiency and quality of the Court's work and in elevating its constitutional status as Canada's pre-eminent court. These factors included the abolition as of right of appeals to the Court in civil cases (1974) and the abolition of oral hearings in leave applications except at the Court's option (1990). The most important event of course was the adoption of the Charter in 1982 because it dramatically changed the character of much of the Court's work and therefore also forced the federal government to take its appointive role much more seriously. To this list of transformative factors should be added the introduction of law clerks during Chief Justice Laskin's tenure of office. The law clerks (usually the top graduating students in their year) not only greatly assist the Supreme Court judges in handling their heavy case load but play an equally important role in keeping the judges abreast of legal scholarship in the various branches of the law and of current trends in legal and political philosophy,[22] and thus in assisting the members of the Court in discharging their policy making functions.[23]

Most observers would agree that the cumulative impact of these changes has been greatly to improve the quality of appointments to the Supreme Court and of the judgements rendered by the Court, certainly as compared with the prewar standards and probably also as compared with the period between 1949 and 1982. However, this is not meant to imply that the actual process of appointments has become any more transparent and that further changes are not needed to improve the quality of appointees still further.

The Supreme Court Act simply provides[24] that the nine members of the Court, including the Chief Justice, are to be appointed by the Governor in Council, that three of them must come from Quebec, and that an appointee must either be a judge of a superior provincial court or be a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province. By convention, Ontario is also entitled to be represented by three judges, the Maritime provinces by one, and the Prairie provinces and British Columbia by two.[25] Everything else about the appointing process is left to the discretion of the appointing Cabinet, and it remains shrouded in vagueness, and unsubstantiated rumour and gossip. Obviously the Minister of Justice is involved and so, we are told, is the Prime Minister's Office, since by convention the Prime Minister makes the actual decision. If that is the case, does the Cabinet do more than simply rubber stamp the Prime Minister's choice? What role does the Chief Justice of Canada play? To what extent does the Minister of Justice confer with the attorney general or attorneys general of the province or region from which the candidate is to be appointed? What is the role of lobbyists for special interests or on behalf of specific candidates? In the Charter era, how much attention does the federal government pay to the constitutional philosophy of prospective appointees? There are no sure answers to any of these questions.

According to the Canadian Bar Association's *Report on the Appointment of Judges*,[26] federal Ministers of Justice follow the same selection procedure as they do in appointments to the Federal Court of Canada, the federal Tax Court, and provincial superior courts. This is not very reassuring because the process in respect of those courts is just as unstructured and lacking in transparency as it is at the Supreme Court level. Worse still, political patronage and personal friendships still play a prominent role in appointments to the lower courts.[27] In one respect, however, appointments to provincial superior courts offer better safeguards than appointments to the Supreme Court. This is because of the system of advisory committees established by the Mulroney administration in 1988 to screen applicants for provincial judicial appointments and continued by the Chrétien government. We also have a more or less firm commitment from the Chrétien government not to make an appointment unless the candidate has received at least the passing grade of "recommended" from the Committee.[28] Admittedly, as discussed further below, the threshold of acceptability is low and the screening system is a poor substitute for one in which the advisory committees actually present the appointing authority with a short list of the best qualified candidates. However, it is at least a beginning on the journey to a more accountable and transparent system of appointments. This and other alternatives to achieving this goal are considered in the following sections of this article.

Comparative Methods of Appointment to the Highest Courts

Broadly speaking, there are three methods in use today in Western Europe, North America and other common law jurisdictions for the selection of members of the highest constitutional court. These are selection by the Executive, selection by the legislature or a leg-

islative committee acting alone or in conjunction with other government agencies, and selection through a career judiciary. It needs to be emphasized that there is no rigid division between the three methods because of the many variations within each of the methods and the extent to which they borrow from one another. To obtain a complete taxonomy of the range of alternatives, one would have to add as a minimum the use of judicial nominating commissions[29] preceding the actual appointment of or voting on candidates, as well as the existence of confirmation procedures after the selecting agency has named its nominee for judicial office. Although only the executive appointive method has ever been used in Canada, it is still useful to reflect on the non-appointive methods of selection to act as a corrective to a sense of superior virtue one may have about the Canadian model.

The legislative model is used in some fashion in such countries as Germany, Austria, Switzerland and Italy. In Germany, for example, the members of the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht* (BVG)) are appointed by the members of the lower house (*Bundestag*) and upper house (Bundesrat) of the German Parliament, with each house voting for one of the two eight-judge senates into which the Constitutional Court is divided.[30] The *Bundesrat* is made up of representatives of the German states (*Länder*), thereby supplying the federal component in elections to the Constitutional Court. The *Bundesrat* also participates actively in the selection of judges for the five other specialized final courts of appeal with which Germany's federal structure is endowed.[31] An important difference between the judges in the Constitutional Court and the other appeal courts is that only six of the judges of the Constitutional Court are required to be drawn from the career judiciary. Even more significant is the fact that the legislative role in the selection of judges for the Constitutional Court reflects a widespread sentiment in civil law systems that constitutional law is "political law" and that the members of the Court should therefore be appointed by the elected representatives of the German people and representatives of the *Länder*.[32]

An elective system also applies to the members of the International Court of Justice (ICJ), who are elected by combined majorities of the United Nations General Assembly and the Security Council, and to the members of the European Court of Human Rights (ECHR). The latter are elected by the member states of the General Assembly of the Council of Europe from short lists of candidates presented by the member countries.[33] However, it is not so much a democratic impulse that drives the elective method in the ICJ and ECHR as the fact that the United Nations and the Council of Europe are not governments and lack an effective executive authority.

A much more authentic Jacksonian spirit of democracy inspired the American states in the 19th century to adopt a populist system of election of judges. That system has now been heavily diluted in about half the states and in the District of Columbia through the use of judicial nominating boards, often, but misleadingly, referred to as the Missouri plan after the state which first introduced the system in 1940.[34] Under the Missouri plan, when a vacancy arises in a court the board presents the Governor with a list of three candidates from which he or she must choose one and appoint the candidate until the next general election for judges but not for less than one year. After this probationary period, the appointee must be approved by the electorate for a full 12 year term in the appellate court, or a lesser term in the trial court. The tradition is for the judge to run unopposed on a separate non-partisan judicial ballot at the time of the general election.[35]

With rare exceptions, Canadian lawyers find any entanglement with an elective system repugnant, at least where the electorate is made up of ordinary voters. They find it demeaning to the candidate running for judicial office and likely only to attract

second rate talent. They also see it as basically incompatible with the concept of judicial independence if the candidate has to submit herself to re-election at various intervals. These are serious weaknesses to be sure. But a sceptic is entitled to ask whether the results are worse, or significantly worse, than the partisan system of federal judicial appointments that still obtains in some of the provincial superior courts and to some extent in the Federal Court of Canada. In any event, no Canadian scholar and no investigative committee has ever recommended adoption of a US style electoral system for Canadian judges.[36] It is true to say, however, that over the past twenty years Canadian discussions and organizational changes in judicial appointments have been much influenced by the use of judicial nominating boards of the type associated with the Missouri plan. The adoption of this model, as we shall see, has also been recommended in connection with appointments to the Supreme Court of Canada.

Origins and Evolution of the Executive Appointive System in Canada

The Canadian system of judicial appointments, at all levels, is derived from the English model and, so far as federal appointments to the Section 96 courts are concerned, is enshrined in the Canadian constitution. Historically, the system arose in England because the monarch was regarded as the fountain of justice. The courts were the King's courts and the judges were the King's judges. So it was natural that all the superior court judges should be appointed by the reigning monarch or his designate and that the appointive system should be retained even after the introduction of responsible government and universal suffrage. Patronage considerations undoubtedly influenced the appointment of judges in earlier centuries but the problem was never as serious in England as it became in Canada after Confederation. This was (and largely remains so) because of the much smaller number of full-time judges in England and Wales and because of the rigid division until recently of the legal profession into barristers and solicitors.[37]

Another difference between Canada and England is the unique role of the Lord Chancellor under the British constitution as head of the judiciary, presiding officer in the House of Lords, and a member of the Cabinet. In his judicial capacity, the Lord Chancellor is responsible for appointments to most of the superior courts and, since the last century, for appointments to most of the lower courts as well. Because of his unique position the Lord Chancellor was able to develop a high degree of independence from the other branches of government in making the appointments. He has been greatly aided in this task since the last part of the 19th century by the introduction of a permanent secretariat attached to the Lord Chancellor's Office.[38]

Nevertheless, complaints about the lack of transparency in the Lord Chancellor's appointments, the predominance of white male upper class Oxbridge appointees and the under-representation of women and visible minorities at all levels of the judiciary have led to increasing demands for reform. Observers predict that the pressure for broader changes is bound to mount with the incorporation into British domestic law of the European Convention on Human Rights.[39] Some changes were introduced by the Conservatives during Margaret Thatcher's prime ministership. In a 1995 pre-election manifesto, the Labour party committed itself to introducing a system of advisory committees for appointments to the bench.[40] The system is not yet in place and it is not clear whether it will ever be applied to the House of Lords in its judicial capacity. Nevertheless, Lord Irvine, the new Lord Chancellor, has recently reaffirmed the Blair government's commitment to continue with the

reform of the appointive system, including the establishment of the advisory committees.

Canadian Developments: The Case for a Nominating System for Appointments to the Supreme Court

Canada has never had a Lord Chancellor's Office, we have many more judges, and federal ministers of justice are generally ambitious politicians. It is therefore not surprising that since Confederation federal governments of whatever political hue, and regardless of pre-election promises, have never been able to resist using judicial offices for rewarding party supporters, personal friends and professional associates.

The mounting criticisms of the abuses of the appointive power led postwar Canadian governments to make modest changes[41] — first, through the use of the Canadian Bar Association's National Committee on the Judiciary to act as a screening device for prospective appointees, then, starting with Otto Lang in 1968, with the hiring of a special assistant to the Minister of Justice to compile dossiers on candidates for office, and, most recently, with the introduction of provincially-based but federally-sponsored advisory committees with no powers actually to nominate candidates for judicial office.

Those who have followed this evolution are near unanimous in their criticisms that the federal government has not gone far enough and that the advisory committee system introduced in 1988 is only a palliative which does not ensure appointment of the best qualified candidates. Moreover, the advisory committees do not play even a screening role with respect to the promotion of existing judges and there is no committee to advise the federal government on appointments to the Supreme Court.[42] The critics argue that the correct model for the federal government to follow is the merit-based system of nominations for appointments of provincial court judges in force in British Columbia, Manitoba, Ontario and Quebec,[43] and strongly endorsed in the 1985 reports of the committees on judicial appointments of the Canadian Association of Law Teachers (CALT) and the Canadian Bar Association (CBA).[44]

Both the CBA and CALT reports recommended that the same system of committee nominations (although differently constituted) should be adopted for appointments to the Supreme Court as were recommended for appointments to the provincial superior trial and appellate courts.[45] More recently, Professor Martin Friedland has made the same recommendation in his important report to the Canadian Judicial Council.[46] During its term of office the Mulroney administration showed no disposition to surrender its valuable patronage power in deference to these recommendations and unhappily the Chrétien government seems as firmly committed to the status quo as its predecessors.[47] That being the case, it seems unrealistic to expect Prime Minister Chrétien to establish a nomination procedure for appointments to the Supreme Court of Canada.

In defence of the present government's position, it might be argued that since it is generally agreed that Supreme Court appointments are now substantially free of party biases the need for an independent nomination procedure has disappeared. It could also be urged that the present informal system of consultation in the filling of vacancies provides much greater flexibility than would be available in the conversion to a formalized nomination mechanism.

There may be some merit to the second argument, but there is little merit to the first. If major controversies have been avoided over the appointment of Supreme Court judges since the adoption of the Charter (still only a short 17 years ago), this is largely because successive Prime Ministers —

Trudeau, Mulroney, Chrétien — have shared similar constitutional philosophies and because the full impact of the Charter has not yet sunk in. If a Reform-type government were to be elected in the future, it is entirely predictable, based on recent US experience,[48] that without the restraining force of an independent nomination procedure or confirmation process appointments would become much more polarized, as the appointees would be selected on the basis of their conservative political and social philosophies. The same would be true, of course, if Canadians were to elect a government with a strong left wing agenda.

Another argument often put forward to avoid the establishment of an independent nomination procedure is that the federal government is responsible to Parliament for its actions and should only be held accountable in that forum for its judicial appointments. The reasoning, in my view, is specious. There appears to be a long-standing tradition in the British Parliament that specific judicial appointments should not be debated because it might impair the independence of the judiciary. The tradition may not be as well entrenched in Canada but even if questions were permitted in the House of Commons it would do little good. The opposition would always be faced with a *fait accompli*.

The excuse of parliamentary accountability would only be meaningful if there were an opportunity to debate appointments *before* they were made or, better still, if nominations had to be confirmed by Parliament before they could take effect, as is true of federal judicial appointments in the US. The desirability of such a confirmation procedure in Canada and whether it should be adopted in place of, or in addition to, an independent nomination procedure is discussed below. For the moment it is sufficient to say that since there are already strong precedents in Canada for the establishment of judicial nomination committees, this should be a first step in assuring Canadians of a more objectively-based, better structured and more transparent system for selecting Supreme Court judges than exists at present.

If a Commonwealth precedent were needed to support a judicial nomination committee at the highest constitutional level, it will be found in the new South African constitution. This provides for the appointment of a Judicial Services Commission (JSC) of 23 members, whose mandate is to provide the South African President with a short list of nominees for appointment to the Constitutional Court, the Supreme Court of South Africa, and members of the South African High Court.[49] The Commission has now been in operation for five years and appears to be functioning well. One of the distinctive features of the JSC is that it conducts public interviews of prospective nominees before presenting its list to the President.

Modus Operandi of Nominating Committee

The 1985 recommendations of the CALT and CBA committees provide a useful starting point for defining the structure and operation procedures of a Supreme Court nominating committee. In commenting on these recommendations, Lorraine Weinrib of the University of Toronto Law School has justly complained that they are too meagre and contain very little information about the nominating committee's terms of reference and how the committee is expected to go about its work.[50] The following notes are designed to respond to her questions and to offer further non-exhaustive suggestions on the *modus operandi* of a nominating committee.

1. *Size of the Committee.* The CALT committee envisaged a nominating committee of seven members composed of the following:

- the Chief Justice of Canada
- a nominee of the Canadian Judicial Council
- a nominee of the Minister of Justice
- a nominee of the attorney general(s) of the province or provinces from

which the candidate is likely to be selected
- two members of the Bar
- a member of the public to be nominated by the other members of the committee.

The size of the committee, as well as its composition, should be reconsidered. Given the committee's important role and the range of constituencies it must accommodate, a larger size than seven is called for. The question is how much larger. The Ontario provincial advisory committee has 13 members, a majority of whom are non-lawyers. The South African Judicial Services Commission has 23 members, 10 of whom are drawn from the South African Parliament and the provincial legislatures. On the other hand, Professor Friedland recommends a body of nine,[51] a suitable number because of the importance of balancing representativeness with the need for collegiality and effectiveness.[52] In light of these considerations, the committee should be structured as follows, though my suggestions are not written in stone:

- one nominee of the federal Minister of Justice
- two nominees of provincial governments
- two nominees of the Canadian Bar Association and provincial law societies
- one nominee of the aboriginal communities
- two members of the public to be appointed by the Governor General
- one chair of the committee, also to be appointed by the Governor General.

2. *Other Compositional Issues*. The following issues also arise in determining the composition of the committee. The first is whether the Chief Justice of Canada should be directly represented. The office is included in the CALT list; judges are also strongly represented in the South African commission. On the other hand, the inclusion of judges is generally not favoured in American state nomination committees. I believe the American position is the right one. Undoubtedly, the incumbent Chief Justice of Canada should always be consulted but, in my view, it would be a mistake for him or her to be a member of the committee. If the Chief Justice were a member the others members might feel obliged to defer to his views. If they failed to do so the incumbent might feel slighted.

A second issue is whether members of Parliament should be included. The German and South African models strongly argue for their inclusion, particularly if there is to be no confirmation procedure for the nominee ultimately chosen by the federal government. If a confirmation procedure is put in place this seems to dispense with the need for parliamentary representation.

The role of provincial representation raises a separate set of issues. Finding the right formula for provincial input in the selection of members of the Supreme Court has been a dominant theme in constitutional discussions between the federal and provincial governments, starting with the Victoria Charter (1971) and ending with the Charlottetown Accord (1992). The trouble with all the proposals was that they focused on the provincial role in the selection of the judges to the exclusion of other democratic inputs, and were therefore seriously flawed.[53] If this is conceded there is no justification for giving the provincial representatives a majority voice on the committee.[54] This reasoning gains further strength from the fact that division of powers issues and other questions peculiarly of provincial concern now only occupy a modest part of the Supreme Court's agenda.

A related issue is whether the provincial representatives for a particular appointment should be selected by the province or provinces from which the judge is likely to be drawn. I have argued elsewhere that it is a mistake in the Charter era to attach so much importance to balanced regional representation to the exclusion of other factors. Nevertheless, given Canada's size, its dispersed popula-

tion and the strength of the tradition favouring regional representation, a compromise might be struck by giving one seat on the nomination committee to the province or provinces from which the new appointee is expected to be drawn and allowing the other provinces to select the second provincial representative. Quebec's status on the committee would also need to be considered. It is not clear whether Quebec's legislatively prescribed three seats on the Court is now constitutionally entrenched,[55] but, regardless, no one would question the province's entitlement to be represented on the committee when a Quebec vacancy arises on the Court. However, for the reasons I have given in respect of appointments from the other provinces, Quebec's role should not be to the exclusion of other provincial representation.

3. *Scope of the Committee's Jurisdiction and Appointment of the Chief Justice.* A question requiring some consideration is whether appointment of the Chief Justice should also fall within the committee's jurisdiction. If the position falls vacant and is to be filled by a person not already on the court then clearly the committee should be involved. However, the Canadian tradition is to appoint the Chief Justice from existing members of the Court.

Should this make a difference in determining the Committee's role? The US position is that the chief justiceship of the Supreme Court is a separate position requiring separate nomination and therefore confirmation by the Senate. Leaving aside the constitutional requirements, American scholars believe that the Chief Justice wields so much influence and power on the Court that his designation requires special consideration, even if legally he is only *primus inter pares*, first among equals. The current members of the Canadian Supreme Court seem to take a less exalted view of the Canadian chief justiceship and seem to treat it more as a prestigious administrative position than anything else.[56] Whatever be the correct assessment of the Canadian position, Professor Friedland reports a growing sentiment among Canadian judges at the puisne and appellate levels that the selection of the Chief Justice should not be a unilateral decision by the Prime Minister and that the office should only be held for a limited term. He supports both these sentiments and also recommends a separate selection procedure for chief justices.[57] It would be anomalous if a separate selection procedure were to be adopted for provincial chief justices and not for the Chief Justice of Canada. It is surely also correct to say that most Canadians attach considerable symbolic significance to the office of Chief Justice of Canada and that they see the incumbent as being much more than a presiding administrator of the Supreme Court.

4. *Committee's modus operandi.* To address now some of Professor Weinrib's more specific concerns, she is right to stress the importance of compiling a full dossier on every candidate. This means that the committee must have adequate, skilled and sensitive support staff, including an executive director of appropriate seniority.[58] The committee should be required to solicit suggestions for nominations from all segments of the legal community and to advertise the vacancy. A personal interview with candidates appearing on a short list should be equally essential, although whether the interviews should be held in public is more debatable. As already mentioned, in South Africa the hearings are held in public. In my view, the Canadian position should turn on whether the candidate favoured by the federal government must also run the gauntlet of a parliamentary confirmation procedure. If a confirmation procedure is rejected as unnecessary (a critical issue that is addressed below), then public hearings by the nominating committee are indispensable to give its proceedings the needed transparency and to permit representations from interest groups and members of the public.

5. *Selection criteria among candidates.* Professor Weinrib seems strongly of the view that the committee needs to be armed with a statutorily prescribed list of criteria to assist it in its search for the ideal candidate. This is not self-evident, first,

because persons with the presumed sophistication required of members of the committee should not need instruction about the requisite attributes of a successful member of the Supreme Court and, second, because even Supreme Court judges differ in their ranking of the necessary qualities. There is surely also widespread agreement that Supreme Court judges should not be clones of each other but should have varied backgrounds and experiences, and should represent a spectrum of philosophical positions on the most pressing constitutional issues with which the appointees are likely to be faced in the course of their judicial careers.

Subject to these caveats, my wish list for the essential attributes of a Supreme Court judge would include the following: complete personal integrity; robust health; industriousness and good work habits; a sense of collegiality with other members of the Court to enable the court to discharge its very heavy work load efficiently and without unnecessary friction;[59] an excellent intellect and fine writing skills to match it; a deep understanding of the Canadian constitution and the Charter, and of the role of law in general in contemporary Canadian society; and not least, keen discernment in being able to project the consequences of a judgement on to a broader canvass.[60]

Professor Weinrib has suggested that a candidate's strong track record in a career requiring demonstration of these virtues would greatly assist the nominating committee in its search, and apparently believes that prior appellate service would be a particularly valuable source of information. Not everyone would agree, certainly not Justice Frankfurter, who was no mean judge of what makes for a successful Supreme Court judge. In an oft cited passage, he wrote that "One is entitled to say without qualification that the correlation between prior judicial experience and fitness for the Supreme Court is zero."[61] In fairness to Professor Weinrib it needs to be explained, however, that she is not simply relying on the presence of prior judicial service but on the *quality* of that service. This raises an entirely new dimension for consideration.

6. *Disposition of the Committee's recommendations.* Both the CALT and CBA reports envisaged the committee presenting the federal government with a short list of recommended candidates from which the federal government would be obliged to pick the appointee or give reasons for its refusal to do so. Professor Friedland has ingeniously suggested that the federal government should be free to go outside the list but would then have to justify its decision in some kind of confirmation procedure.[62]

The Case for a Confirmation Procedure

Professor Friedland's bold suggestion brings us face to face with what is currently the most contentious issue in Canadian discussions of appropriate selection procedures for the Supreme Court. This is whether a confirmation procedure is needed and whether it is also required where a nominating committee system has been installed.

Neither the CBA nor the CALT committee recommended the introduction of confirmation procedures for appointments to the Supreme Court, or to any other court whose judges were appointed by the federal government. They did not feel it was needed given the existence of a credible nomination procedure. I was a member of the CALT committee and I concurred with my colleagues' views. I have changed my mind since then, at least so far as the Supreme Court is concerned.

The most important reason for my change of position is this. It is precisely because of the intensely political role (I use the word political in a positive and not pejorative sense) played by the Supreme Court judges in applying and interpreting the Charter as well as the rest of the constitution that it is critical to inject a democratic and

balancing note in the appointing process. Canadians should be able to learn about, see, and evaluate the candidate before his or her appointment becomes a *fait accompli*. If the federal government has chosen well, with or without the help of a nomination committee, it will have little to fear. The candidate is likely to earn quick approval from the confirming body.

If the candidate is controversial, underqualified or otherwise unacceptable to a significant constituency, all the more reason why his or her merits should be publicly debated while there is still time for it. If candidates for the office of Prime Minister are expected to expose themselves to close public scrutiny, why should we require less of a nominee for the Supreme Court, who is likely to remain in office long after the appointing Prime Minister has disappeared from the public scene and who, in many respects, wields as much power as the Prime Minister and with less accountability?

There is also another reason that justifies the introduction of a separate confirmation procedure. Assuming the confirming body is made up of parliamentarians, it will help to educate our elected representatives on the impact of the Charter on traditional concepts of responsible government and give them a better appreciation of where the line should be drawn between their role and the Charter's role. Members of Parliament and senators (and likewise their provincial counterparts) have been slow to react to the steady erosion of Parliament's authority, implicit though it may be in the very existence of the Charter. As noted at the beginning of this article, the mood of acquiescence is changing and Canadians are beginning to appreciate the important roles of personalities and judicial philosophies in the interpretation and application of the Charter norms. The "inconvenience" of a confirmation procedure will be readily forgiven if it provides a regular opportunity for reviewing the work of the Supreme Court and in raising our collective awareness of its norms propounding role.

The notion of a confirmation procedure is no longer radical. It appeared in the report of the Ontario Advisory Committee on the Constitution in 1978 and in Bill C-60 introduced by the federal government in the same year. Both provided for confirmation of Supreme Court nominees by a revised Upper Chamber. In the case of Bill C-60, Upper Chamber approval would have been necessary even though the nominee would have been selected by the co-operative efforts of the Attorney General of Canada and the attorney general of the appointee's province. The Charlottetown Accord saw a confirmation role for the revised Senate in the appointment of members of senior government agencies and boards. It would surely be anomalous if the public were given a greater opportunity to comment on the potential head of the CBC, the CRTC or the Canadian Transportation Agency than is available to them to assess the qualities and suitability of a future member of the Supreme Court or a candidate for the chief justiceship of Canada.

As we have seen, Justice La Forest accepted the legitimacy of confirmation hearings after he retired from the Supreme Court a year ago, whereas Justices Cory and Iacobucci have taken a very different position.[63] We know that other members of the Supreme Court share their misgivings, so they deserve closer analysis. The objections appear to fall under two main headings, though it may be that the second is only a subset of the first.

The first objection is that the existing system works well, so why knock it?[64] The defence of the status quo is coupled with a warning not to be beguiled by foreign models (more particularly the US confirmation procedure) which may work well in their own environment but are alien to Canadian soil. This reasoning is quite unpersuasive and ignores the historical reasons for the adoption of the confirmation procedure in the US constitution.

The American Founding Fathers were divided over which arm of government should have the power to appoint the members of the US Supreme

Court; some favoured the President, others the Senate. A compromise was reached by conferring the nomination power on the President but requiring the President's nominations to be confirmed by the Senate.[65] The delegates to the Constitutional Convention of 1789 appreciated that giving the President an untrammelled power of appointment would give rise to abuses or lead to an unrepresentative Court. History has amply confirmed their intuition. Between 1789 and 1992, the Senate refused to confirm 28 of the 142 Supreme Court nominees, or nearly one out of five nominees, whose names were submitted by the President.[66] We may be sure that an even larger number of prospective nominees were never forwarded to the Senate because the President and his advisors anticipated rejection of their choices.

In short, even allowing for political partisanship in the Senate, the US confirmation requirements have on the whole met the Founding Fathers expectations in eliminating clearly unqualified candidates and in ensuring that the nominees enjoyed broad political acceptance. If US confirmation hearings have erred, it is on the side of accommodating the President's choice even where the candidate was not of the first quality, an almost inevitable result where the President's party also dominates the Senate.

Had Canada had an equivalent screening device for appointments to the Supreme Court, the well documented abuses of the appointment power that occurred during the first 75 years of the Court's history[67] might well have been avoided. In what sense then, has Canada been well served by a paternalistic executive power of appointment not subject to public scrutiny? It is true that the quality of appointments has been much better over the past 20 years or so. Even so, there is little room for complacency. There have undoubtedly been weak appointments and a surprising number of Supreme Court judges have taken early retirement for reasons other than ill health.[68] We are also entitled to ask how much *better* the appointments might have been if there had been an independent nominating procedure or if the government's selections had been subject to a confirmation requirement. The warning against the danger of importing foreign innovations must also be viewed with much scepticism, given the fact that Canada has borrowed many legal concepts from the US during its relatively short history, including, not unimportantly, the concept of an entrenched bill of rights!

But what about Justice Cory's complaint that prospective appointees to the Supreme Court should not have to run the gauntlet of public questioning by politicians? The concern is that parliamentarians may be more interested in embarrassing the candidate or in scoring political points than in engaging in serious debate on the meaning of the Charter or the role of Supreme Court judges as guardians of Charter values. Justice Cory has also argued that it is unfair to expect candidates to justify decisions they may have rendered many years earlier as lower court judges and highly improper to ask them to explain their positions on current legal controversies or to predict how they would decide those issues as members of the Supreme Court.

The horror stories the critics have in mind no doubt are the confirmation hearings of Robert H. Bork and Clarence Thomas before the US Senate. However, they overlook the fact that public questioning of candidates is a relatively recent innovation in proceedings by the Senate Judiciary Committee[69] and that there were exceptional features about the Bork and Thomas cases.[70] The more recent nominees that have appeared before the Judiciary Committee have been approved without difficulty and they have not complained about unfair treatment. The nominees have reserved the right not to answer questions concerning their position on future cases that could come before the Supreme Court, and that right is generally conceded.[71] If it was deemed appropriate or necessary in the Canadian context, rules could also be

adopted to delimit the scope of a nominee's examination before the parliamentary committee.

We can also learn from overseas experience. The public hearings before the South African Judicial Service Commission show that they can be conducted with decorum and that the chair can be relied on to prevent improper questioning. According to a perceptive British observer, "The original fear that good candidates would not put themselves forward does not appear to have materialized."[72] Again, to quote the reactions of the Deputy President of the Constitutional Court to his appearance before the JSC:

> Speaking as a person who is sitting on this seat now, I must say I would have preferred not to have been interviewed at all, but I realize that the interviewing process is useful and I think it is essential and correct and I am fully in support of having open hearings.[73]

Several other objections to a Canadian confirmation procedure involving the use of parliamentary committees also deserve to be noted. One is that the Senate cannot be expected to supply the federal component in confirmation hearings because its members do not speak for the provinces. Equally the Senate cannot remedy the democratic deficit in the appointment of Supreme Court judges since its members are unelected. Both these points seem to militate against the Senate playing a role in the appointive process of members of the Supreme Court. Nevertheless, the Senate is an integral part of Parliament and it may seem anomalous that it should be denied any role in a confirmation procedure when it continues to play an active role in the enactment of legislation. A case can therefore be made for giving the Senate *some* representation on a confirmation committee, say up to one half the total membership of the committee, even before the long delayed reform of the Senate is finally agreed upon.

There are also difficulties in expecting a House of Commons confirmation committee to remain free of partisan bias. The members of the House of Commons are of course elected, but they are also expected to follow party discipline. In the case of a majority government, this means that the committee's approving vote would be a foregone conclusion[74] unless somehow the government could be persuaded to give its members a free vote. The same difficulty would arise if a full House of Commons vote were required to approve the committee's recommendation with respect to the government's nominee for the Supreme Court.

One solution to these obstacles would be to require supermajority voting in the committee and/or the full House of Commons.[75] Table 1, which is based on the results of recent parliamentary elections, shows that a two-thirds majority voting requirement would have given the opposition parties an effective voice in voting for confirmation in six of the seven parliamentary elections held between 1972 and 1997.

Nevertheless, the requirement of a supermajor-

Table 1: Federal Election Results 1972 – 1997

Election Year	Party Forming Government	Total Seats	Number of Government Seats	Seats Required for Two-Thirds Super Majority	Government Super-Majority?
1972	Liberal	264	109	176	No
1974	Liberal	264	141	176	No
1979	PC	282	136	188	No
1980	Liberal	282	146	188	No
1984	PC	282	211	188	Yes
1988	PC	295	169	197	No
1993	Liberal	295	177	197	No
1997	Liberal	301	155	197	No

ity vote runs very much against the grain of our parliamentary tradition and even if voluntarily adopted by the present administration would not be binding on future governments unless the requirement were constitutionally entrenched.

A Supreme Court Nominating Committee or a Confirmation Procedure, or Both?

If it is concluded that an independent parliamentary confirmation procedure cannot be secured without a constitutional amendment (an issue that is considered below), then the establishment of a separate nomination committee as previously described is the best alternative to ensure a broader input into the selection of future Supreme Court judges. The question that needs to be considered is whether such a nomination procedure is desirable *in addition* to a parliamentary confirmation process.

At first blush, the answer would seem to be no. Since the nominating council would represent a range of constituencies it would have little incentive, and little opportunity, to make clearly partisan nominations. One of the basic objectives of a confirmation procedure — to prevent abuse of the Executive's appointive powers — would therefore already be met. It is true the government would still select the actual candidate for appointment from the short list of candidates prepared by the nominating council, but the scope of that discretion would be heavily circumscribed. We are also entitled to assume that all the candidates on the short list will be highly qualified professionally and meet all the basic requirements for appointment to the Supreme Court.

However, there is another side to the coin. I have argued earlier that the involvement of Parliament in appointments to the Supreme Court should not be limited to curbing abuses by the Executive but should serve a higher function in encouraging members of Parliament to take a closer interest in the work of the Court and in gaining a better appreciation of the interaction of the legislative and judicial roles under the Canadian constitution. It is also conceivable, though perhaps not very likely, that the parliamentary committee will conclude that the nominated candidate, while professionally very meritorious, will tilt the philosophical balance unacceptably on the Court.

It may be safely assumed that the federal government would strenuously resist the imposition of two layers of control over its appointive powers, and that if forced to choose between the establishment of a nomination council and a parliamentary confirmation procedure, it will opt for the latter. The government could be expected to argue that it is as capable of nominating very highly qualified candidates as is a nomination council and that, unlike the council, it is responsible for its actions to Canadian voters. The government would also protest that it is unacceptable in a democratic society that its role should be reduced to providing a courier service between the council and Parliament. One could question the soundness of several of these assertions but it is difficult to deny that historically and constitutionally the federal government has played a key role in the appointment of federal judges at all levels. The issue, therefore, is not whether the federal government should play a role but *how large* that role should be. Given my own preference for an open parliamentary confirmation requirement, if forced to choose between a confirmation procedure and an unelected nomination council, I would concede the government's prerogative to select the nominees whose names are to be brought before the parliamentary committee. A confirmation requirement is the more important reform, and is consistent with the approach adopted over the past 30 years or more in discussions dealing with the entrenchment of the Supreme Court.

Constitutional Position

I have assumed so far, as do most other observers discussing desirable changes in the appointment procedure for Supreme Court judges, that there are no constitutional obstacles. Unfortunately the position is not straightforward and it requires some discussion.

As previously discussed, the Supreme Court is not entrenched in the Constitution Act. Rather, the Court owes its existence to an ordinary Act of Parliament adopted pursuant to s.101 of the Constitution Act 1867 empowering the federal Parliament, from time to time, to provide for the Constitution, Maintenance and Organization of a General Court of Appeal for Canada. The Supreme Court Act entrusts the appointive power in respect of members of the Court to the Governor General in Council but, since it is only an ordinary enactment, there would appear, at first sight, to be no hurdles to introducing new and more democratic methods for appointing the judges along the lines discussed in this article.[76]

The difficulties arise because of the changes adopted in the Constitution Act 1982. Section 41 of that Act requires the unanimous consent of the federal Parliament and all the provincial legislatures for five classes of amendments, including, in 41(d), "the composition of the Supreme Court of Canada." In addition, Section 42 lists "the Supreme Court of Canada" as one of the six classes of amendment subject to a less stringent ratification procedure (the federal government and two-thirds of the provinces representing 50 percent of the population), but "subject to paragraph 41(d)." This raises an important question, so far as changes in the status of the Supreme Court are concerned, about the proper relationship between sections 42 and 41.

Scholars are divided in their views about the meaning of these provisions. Some scholars, such as Professor Cheffins and the late Professor Lederman,[77] believe some meaning must be given to the provisions in sections 41 and 42 and that they cannot be ignored. Other scholars, such as Peter Hogg and Peter Russell,[78] take the position that the provisions are ineffective for the following reason. Sections 41 and 42 only apply to amendments to "the Constitution of Canada." That term is defined in section 52(2) of the Constitution Act 1982, and the list of instruments enumerated there does not include the Supreme Court of Canada. Whatever their individual views, the scholars are agreed that the references to the Supreme Court of Canada in sections 41 and 42 have created "an intolerably confusing situation."[79] While a reference to the Supreme Court would ordinarily be desirable to clarify the meaning of these provisions, the difficulty in this case is that the judgement of the members of the Court may appear to be clouded by views they have previously expressed for or against the need for changes in the existing system of appointments to the court.

There is no reason, however, why the federal government cannot proceed with at least one of the changes recommended in this article — the creation of a Supreme Court appointments nominating committee — without waiting for the results of such a reference. As previously noted, advisory committees already exist to screen applicants for appointments to the other federal courts and the superior provincial courts. It has not been suggested that this violates the federal government's responsibility under Section 96 of the Constitution Act, 1867 to appoint the judges to these courts. What remains unsettled is whether the federal government could agree constitutionally to appoint only a person whose name appears on a short list prepared by a nominating committee — as recommended here — because that would encroach substantially on the federal government's appointive responsibilities.

In sum, while a confirmation procedure before Parliament is the more desirable reform, the estab-

lishment of an advisory committee may be a more practical and attainable measure in light of the constitutional uncertainties involving changes to the Supreme Court.

Conclusion

In addressing future appointments to the Supreme Court of Canada, there are two key questions. The first is whether we are satisfied with the existing system of appointments which vests complete and unaccountable discretion in the Executive even though the judges of the Supreme Court are the ultimate arbiters of the Canadian constitution and collectively exercise a power as great as that of the federal Cabinet. If this question is answered no, the second question is what changes we deem desirable to bring transparency and accountability to the selection procedure and to ensure that only the best qualified candidates are appointed.

There may be honest differences of opinion about the answer to the second question, but there should be little doubt about the answer to the first. Over the past 15 years there has been a near unanimous chorus of opinion among scholars reinforced by many publicly-sponsored reports that the existing system of appointments is incompatible with a modern federal democratic constitution governed by the rule of law and incorporating one of the most powerful bills of rights in the Western hemisphere. What ought to give cause for concern is that none of these reasoned arguments have had any apparent impact on successive federal governments whose spokespersons continue to insist that there is no need for change and that the federal government is and has been doing an impeccable job. One's best hope is that there will be a rising tide of opinion in favour of change within the major political parties[20] and that more members of the Supreme Court will join Justice La Forest[21] in recognizing the anomaly of owing their appointments to the unrevealed and undebated preferences and partialities of one or more unaccountable members of the federal Cabinet.

IRPP Research Staff
Hugh Segal (president)
Paul Howe
France St-Hilaire
Carole Vincent

Director of Administration
Suzanne Ostiguy McIntyre

Series Editors
Peter Russell and Paul Howe

Research Assistant
Murray Mincoff

Design
Schumacher Design

Production
Chantal Létourneau

Printing
AGL Graphique

IRPP
1470 Peel Street, Suite 200
Montreal, Québec H3A 1T1
Telephone: 514-985-2461
Fax: 514-985-2559
E-mail: irpp@irpp.org
Web site: www.irpp.org

Notes

- I am grateful to David Bronskill, University of Toronto, LL.B. II, and Sarit Shmulevitz, University of Toronto, LL.B. III, for research assistance, and especially indebted to my colleague and good friend Professor Peter Russell for his advice and perceptive observations in the preparation of this article. However, I alone am responsible for the views expressed in it. I have also made use of my earlier article "Appointments to the Supreme Court of Canada," *Constitutional Forum*, Vol. 5, no. 1 (Fall 1994), p.10.

1 For criticisms outside Alberta, see for example, *Bar and Bench Daily News Digest*, August 27, 1998, "'Godzilla' Judges Overpowering Cabinets: Crosbie," referring to a "scathing critique" of recent Supreme Court of Canada judgements by former Justice Minister John Crosbie in an address to the annual meeting of the Canadian Bar Association in St. John's, Newfoundland. Justice Minister Anne McLellan replied vigorously to Crosbie's criticism at the same meeting.

2 *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493.

3 See Brian Laghi, "Debate on Gay Rights Polarizes Albertans," *Globe & Mail*, April 2, 1998, p. A5 (as quoted in *Bar and Bench Daily News Digest* VIII, Issue 64).

4 *R. v. Ewanchuk* (1999) 169 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.).

5 See *National Post*, February 27, 1999, p. A2 (text of JA McClung's letter), and Barbara Amiel, "Feminists, Fascists, and Other Radicals," *National Post*, March 6, 1999, p. B7. To her great credit, in an address to Ottawa University law students Justice Beverley McLachlin strongly encouraged debate about the role and rulings of Canadian courts as a "healthy process" while warning against the debate slipping into personal attacks against the judiciary. See Erin Anderssen, "Debates on Courts Healthy: Judge," *Globe & Mail*, March 27, 1999, p. A5.

6 See, for example, Editorial, *Globe & Mail*, March 5, 1999, p. A14. The Reform Party has also adopted a policy statement requiring all federally appointed judges, including appointments to the Supreme Court, to be nominated by the provincial governments and to be ratified by a Triple-E Senate. See http://www.reform.ca/bluebook/justice.html. See also: Preston Manning, "Parliament, not Judges, Must Make the Laws of the Land," *Globe & Mail*, June 16, 1998, p. A23; Editorial, "A Supreme Challenge for Reformers," *Globe & Mail*, June 17, 1998, p. A24; Peter H. Russell, "Reform's Judicial Agenda," *Policy Options*, Vol. 20, no. 3 (April 1999); and E. Preston Manning, "A 'B' for Prof. Russell," *Policy Options*, Vol. 20, no. 3 (April 1999), p. 15.

7 *Hill Times*, September 2, 1998.

8 Kirk Makin, "Top-Court Judge Defends Bench," *Globe & Mail*, March 3, 1999, p. A5.

9 Erin Anderssen, "Top-Court Judge Rejects Proposal to Quiz Nominees," *Globe & Mail*, March 25, 1999, p. A8.

10 Kirk Makin, "Lamer Blasts Unseemly Lobbying for Positions on Supreme Court," *Globe & Mail*, February 5, 1999, p. A2.

11 On the constitutional issues, see p. 18.

12 Compare A. Wayne MacKay and Richard W. Bauman, "The Supreme Court of Canada: Reform Implications for an Emerging National Institution," in Clare F. Beckton and A. Wayne MacKay (eds.), *The Courts and the Charter*, Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada (Toronto: University of Toronto Press, 1985), Vol. 58, p. 37.

13 Examples of the Supreme Court's willingness to rewrite important private law doctrines include:

- adoption of the constructive trust as a discretionary remedial device;
- expansion of the scope of fiduciary duties and remedies for breach thereof;
- admissibility of punitive damages for breach of contract;
- repudiation of long standing precedents in the conflict of laws area in favour of more "modern" rules, including the finding of an implicit "full faith and credit" doctrine in the Canadian constitution requiring the recognition and enforcement of judgements by the courts of sister provinces.

14 See, for example, Justice Cory, note 9.

15 Paul A. Freund, "Appointment of Justices: Some Historical Perspectives," *Harvard Law Review*, Vol. 101, no. 6 (April 1988), pp. 1146, 1153.

16 And indeed, Justice Cory's disclaimer notwithstanding, this is almost universally accepted in Canada, and recognized by the Supreme Court's own law clerks. See Lorne Sossin, "The Sounds of Silence: Law Clerks, Policy Making and the Supreme Court of Canada," *University of British Columbia Law Review*, Vol. 30, no. 2 (1996), pp. 279-82, 307. Sossin claims that the largest impact of the law clerks has been on the institutional culture of the Supreme Court as a policy making institution.

17 Section 101 of the Constitution Act, 1867.

18 See now Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, as amended.

19 Appeals in criminal matters had previously been abolished in 1933.

20 In the constitutional area, 77 out of 159 appeals to the Privy Council from Canada were taken direct to the Privy Council. P.H. Russell, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government* (Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1987), p. 336.

21 Russell, *The Judiciary in Canada*, p. 337.

22 On the law clerks various roles, see Sossin, "The Sounds of Silence."

23 There is no doubt that law clerks assist the judges in the writing of judgements (Sossin, "The Sounds of Silence," pp. 296-98), but in my experience, based on discussion with former law clerks, there is disagreement about the importance of that role. Mr. Sossin argues that Supreme Court policy decisions are typically the result of a process in which many different actors invariably have a role, and he insists that "*no clerk ever considered the decision to be his or her own*" (Sossin, "The Sounds of Silence," pp. 297-98; italics in original). Far more reaching claims have been made about the influence of law clerks in the preparation of judgements in the US Supreme Court. See Tony Mauro, "The Hidden Power Behind the Supreme Court, Justices Give Pivotal Role to Novice Lawyers," *USA Today*, March 13, 1998 (reviewing Edward Lazarus, *Closed Chambers* (1998)).

24 Supreme Court Act, sections 4-6.

25 Some observers believe that there is now an implicit understanding that British Columbia is entitled to its own representative. I express no view one way or the other.

26 *Report of the Canadian Bar Association on The Appointment of Judges in Canada* (Ottawa: Canadian Bar Foundation, 1985), p. 11.

27 Peter H. Russell and Jacob S. Ziegel, "Federal Judicial Appointments: An Appraisal of the First Mulroney Government's Appointments and the New Judicial Advisory Committees," *University of Toronto Law Journal*, Vol. 41, no. 1 (Winter 1991), p. 4.

28 While he was Minister of Justice, Allan Rock committed himself, except in the case of affirmative action appointments, not to appoint a candidate unless he or she was rated "highly recommended." Under the original scheme, the advisory committees were required to report whether a candidate was qualified or not qualified. These categories were changed in 1991 to recommended, highly recommended, or not recommended.

29 In this paper, I use the terms judicial nomination committees, judicial appointment committees, judicial appointments advisory committees and similar expressions interchangeably and in a non-technical sense.

30 See Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 6th ed. (Oxford: Oxford University Press, 1993), pp. 294-95. The lower house makes its selection through a special committee of 12 electors established on the basis of proportional representation in the *Bundestag*. A two-thirds majority is required for the election of the judges by each house.

31 Carl Baar, "Comparative Perspectives on Judicial Selection Processes," in *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* (Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1991), pp. 143, 152.

32 Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2nd ed. (Durham, NC: Duke University Press, 1997), esp. pp. 3-4.

33 See H.C. Kruger, "Selecting Judges for the New European Court of Human Rights," *Human Rights Law Journal*, Vol. 17, nos. 11-12 (December 1996), p. 401.

34 See Abraham, *The Judicial Process*, pp. 35-38. The designation is misleading because there are two major types of plans, the other, introduced in 1934, being the California plan. There are also great variations among the plans adopted in the several states.

35 The judges are usually re-elected but re-election cannot be taken for granted if the electorate becomes aroused because of controversial judicial policies. In 1986, Chief Justice Bird and two of her colleagues on the California Supreme Court were "decisively" rejected by the voters in a retention election for just this reason. Abraham, *The Judicial Process*, p. 36.

36 However, at least one Canadian scholar greatly admires the German system for the selection of members of the German Constitutional Court and regards it as combining the best elements of a merit-based and democratically accountable system of appointment. See David M. Beatty, *Talking Heads and the Supremes* (Toronto: Carswell, 1990), pp.10, 265-66.

37 It is less so now because of the changes introduced by former Lord Chancellor, Lord Mackay, during Margaret Thatcher's last term of office, permitting solicitors specializing in litigation to appear in the High Court under carefully controlled conditions and also permitting solicitors to be appointed to lower courts.

38 Robert Stevens, *The Independence of the Judiciary: The View from the Lord Chancellor's Office* (Oxford: Clarendon Press, 1992).

39 The Blair government has committed itself to giving the British courts a limited power to find British legislation and executive acts incompatible with the Convention but the power to act on such findings would be left up to a special committee of Parliament.

40 Kate Malleson, "Assessing the Strengths and Weaknesses of a Judicial Appointments Commission," *Amicus Curia* (May 1998), p. 13.

41 For the details, see Russell and Ziegel, "Federal Judicial Appointments," pp. 26-33.

42 Martin Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada, A Report for the Judicial Council of Canada* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995), pp. 255-58.

43 An Alberta committee also recommended the establishment of an Ontario style nominating committee in May 1988. See Alberta, Judicial Selection Process Review Committee, *Report and Recommendations* (Edmonton: Alberta Justice Communications, May 1998).

44 The committees reported within a few months of each other in the late spring and summer of 1985. Although their recommendations were strikingly similar, the committees were differently structured and worked quite independently of each other. The writer was a founding member of the CALT committee and later its chair.

45 For the details see Christopher Kendall, "Criticism and Reform: A Survey of Canadian Literature on the Appointment of Judges in Ontario Law Reform Commission," in *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice*, p. 211.

46 Friedland, *A Place Apart*, pp. 256-57.

47 When Professor Russell and this author discussed the matter by telephone in 1995 with Allan Rock, then Minister of Justice, he made it clear that a change in the system of judicial appointments was "not in the cards." See also Friedland, *A Place Apart*, p. 241.

48 Presidents Nixon, Reagan and Bush were all committed to a right-wing political agenda and to appointing US Supreme Court and lower federal court judges who shared their political philosophy and could be relied on to roll back the legacy of the Warren Court of the 1960s and 1970s. It was this attitude that prompted President Nixon to nominate Clement F. Haynsworth, Jr. and G. Harold Carswell to the Supreme Court, President Reagan to nominate Robert Bork, and President Bush to nominate Clarence Thomas.

As is well known, the first three candidates were rejected by the Senate and the fourth, Clarence Thomas, was only confirmed by a narrow majority after long and painful public hearings. See Henry J. Abraham, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press 1992), pp. 14-18, 356-59. It is important to note, however, that partisan nominations reflecting the political philosophy and personal predilections of the incumbent president are not confined to right-wing Presidents but have come to be accepted as part of a US president's prerogative. For example, President Roosevelt was just as committed to appointing, and did appoint, judges supporting his *New Deal* Reforms. Subsequent Democratic Presidents followed the same pattern (Abraham, chaps. 9 and 13). In the US, the objection is not to Presidents nominating candidates whose political phi-

losophy is compatible with the President's, but to Presidents using the nominating power to appoint unqualified or underqualified candidates or candidates whose constitutional philosophy offends the dominant ethos. In Canada, this aspect of the federal government's appointing powers has so far attracted little attention.

49 See Constitution of the Republic of South Africa, 1996, sections 173-76, the *South African Judicial Services Commission Act* 1994, and Kate Malleson, "Assessing the Performance of the Judicial Service Commission," *South African Law Journal*, Vol. 116, no. 1 (March 1999), p. 36. (I am very grateful to Dr. Malleson for providing me with a copy of her article as well as other much valuable information).

50 Lorraine E. Weinrib, "Appointing Judges to the Supreme Court of Canada in the Charter Era: A Study in Institutional Function and Design," in *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice*, pp. 136-37.

51 Friedland, *A Place Apart*, p. 256.

52 On the other hand, Professors Bauman and MacKay prefer a nominating committee of 13 ("The Supreme Court of Canada," p. 80).

53 Ziegel, "Appointments to the Supreme Court of Canada," p. 12.

54 There is even less justification, in my view, for the Reform Party's suggestion (see note 6), that only the provinces should be entitled to nominate candidates for the Supreme Court. I share Professor Russell's position that the proposal has little to commend it. The Reform party's terse policy statement on the issue does not explain how the ten provinces (and territorial governments?) would go about exercising their powers, which would likely present a logistical nightmare. Arguably, the provinces and territorial governments could delegate their powers to a standing committee on nominations to the Supreme Court but it is unlikely that the provinces would agree to this. Further difficulties arise because of Quebec's statutory entitlement to three judges and the well-established convention that Ontario should be represented by three judges and the other regions by one each.

Substantively, a still more serious objection to the Reform party's proposal is that it suffers from a democratic deficit unless somehow each province is expected to strike a subprovincial nominating committee representing diverse constituencies, which would create new problems of its own. Apparently, the Reform Party proposal envisages a Triple-E Senate providing the democratic input through the confirmation requirement included in the proposal. This feature is also troubling, first, because there is no prospect of the Canadian constitution being amended in the foreseeable future to accommodate an elected Senate and, second, because if the change did take place there would be no justification for a purely provincially-based nominating committee. A reformed Senate would be expected to reflect provincial attitudes and interests.

On balance, therefore, I believe the judicial nominating procedure envisaged in the CALT and CBA recommendations is greatly to be preferred to the Reform Party's proposal.

Professors MacKay and Bauman, "The Supreme Court of Canada," p. 81, recommend that all members of the nominating committee must be approved by the federal government and by at least four provinces. While not as objectionable as the Reform party proposal, this requirement could unduly complicate filling the slots on the committee and lead to potential gridlock if the two levels of government could not agree.

55 See the discussion, pp. 18-19.

56 Ian Greene, Carl Baar, Peter McCormick, George Szablowski, and Martin Thomas, *Final Appeal: Decision-Making in Canadian Courts of Appeal* (Toronto: Lorimer, 1998), p. 103. Four of the Supreme Court judges who responded to the question saw the Chief Justice primarily as an administrator who attended to the scheduling of cases, composition of panels, and budgetary issues. Two of the judges saw the ceremonial aspects of the job as important features. Only one saw him as the Court's intellectual leader; another saw him as chief spokesperson for all Canadian judges.

57 Friedland, *A Place Apart*, pp. 229-31.

58 The Commissioner for Judicial Affairs, who holds the status of a deputy minister, would seem a logical person to fill this position.

59 It goes without saying that a sense of collegiality as described in the text does not mean intellectual conformity. However, a strong and independent personality is not incompatible with courtesy to and cooperation with other members of the court.

60 In the Greene *et al.* study, *Final Appeal*, none of the Supreme Court of Canada respondents felt they could comment on what factors currently play a role in Supreme Court appointments. In their opinion, however, the factors that *ought* to be considered are a sense of fairness and good judgement (2 respondents), demonstrated legal ability (2), being representative of Canadian society in general (2), good interpersonal skills (1), and good work habits (1).

The attributes listed in the text and mentioned by the Supreme Court respondents differ in important respects from the preferred attributes of a distinguished US Supreme Court watcher. His *de minimis* qualifications are: "One, demonstrated judicial temperament. Two, professional expertise and competence. Three, absolute personal as well as professional integrity. Four, an able, agile, lucid mind. Five, appropriate professional background or training. Six, the ability to communicate clearly, both orally and in writing, especially the latter." Abraham, *Justices and Presidents*, p. 4.

61 Frankfurter, "The Supreme Court in the Mirror of Justice," *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, no. 6 (1957), p. 781, cited in Abraham, *Justice and Presidents*.

62 Friedland, *A Place Apart*.

63 *Hill Times*, September 2, 1998; Makin, "Top-Court Judge Defends Bench"; Anderssen, "Top-Court Judge Rejects Proposal to Quiz Nominees."

64 This is the gist of Justice Iacobucci's position (see Anderssen, "Top Court Judge Rejects Proposal to Quiz Nominees"). It is also echoed in spades in a subsequent quote attributed to Justice Minister Anne McLellan: "I think the way we appoint Supreme Court judges in this country has served this country very well. I am very satisfied." Janice Tibbets, "PM Shows Little Interest in New Supreme Court Process," *National Post*, May 3, 1999, p. A7.

65 Charles L. Black, "A Note on Senatorial Consideration of Supreme Court Nominees," *Yale Law Journal*, Vol. 79 (1970), p. 657; Henry J. Abraham, *Justices and Presidents*, pp. 24-25.

66 Abraham, *Justices and Presidents*, p. 39.

67 Russell, *The Judiciary in Canada*, p. 337: "prime ministers and justice ministers in making appointments were highly susceptible to pressure from their federal and provincial political friends."

68 I am not of course suggesting that there is anything wrong with a judge electing to retire 10 or 15 years after the judge's appointment and before the mandatory retirement age of 75. There is cause for concern, however, where a Supreme Court judge decides to retire before having served for at least 10 years or before reaching 65. This paper does not deal with the important question of whether all Supreme Court appointments should be for a limited chronological term, as is true for example of appointments to the German Constitutional Court and various international tribunals. In any event, this would require an amendment to the Canadian constitution, even assuming a strong consensus exists in favour of such a change.

69 Questioning of nominees was only introduced in 1939 with the confirmation hearings on Felix Frankfurter. See Freund, "Appointment of Justices: Some Historical Perspectives," p. 1153.

70 For two contrasting views on the Bork nomination see Nina Totenberg, "The Confirmation Process and the Public: To Know or Not to Know," *Harvard Law Review*, Vol. 101, no. 6 (April 1988), p. 1227; and Patrick B. McGuigan and Dawn M. Weyrich, *Ninth Justice: the Fight for Bork* (Durham, MD: Free Congress Research and Education Foundation, 1990). For Bork's own account, see Robert Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (London: Collier Macmillan, 1990). According to Professor Ross, "The more unsavoury aspects of recent confirmation struggles, particularly the distortions of Robert Bork's record, were the fault of individuals and organizations rather than the confirmation process itself. What is needed is self restraint rather than a more closed process, and perhaps, a re-examination of the proper role of a Supreme Court that is so powerful that appointments to it inspire such widespread concern." William G. Ross, "The Supreme Court Appointment Process: A Search for a Synthesis," *Albany Law Review*, Vol. 57 (Summer 1994), pp. 993, 998-99.

It is fair to note that not all American observers are enthusiastic about recent developments in US Senate confirmation proceedings. In particular, the Twentieth Century Task Force expressed its concern in 1988 on the politicization of confirmation hearings and a majority of its members favoured non-public examination of nominees for appointment. See *Judicial Roulette: Report of The Twentieth Century Fund Task Force on Judicial Selection* (New York: Priority Press Publications, 1988), pp. 8, 10. However, there were strong dissents on both recommendations and current public opinion seems strongly to support the continuance of public confirmation hearings and public examination of nominees. See Ross, "The Supreme Court Appointment Process."

71 For example, at her confirmation hearing before the Senate Judiciary Committee, Justice Bader Ginsburg included the following reservation in her opening statement: "I come to this proceeding to be judged as a judge, not as an advocate. Because I am and hope to continue to be a judge, it would be wrong for me to say or to preview in this legislative chamber how I would cast my vote on questions the Supreme Court may be called upon to decide." Ross, "The Supreme Court Appointment Process," note 56.

72 Malleson, "Assessing the Performance of the Judicial Service Commission," p. 42.

73 Malleson, "Assessing the Performance of the Judicial Service Commission," p. 42.

74 The same would be true of a joint Senate-House of Commons confirmation committee where the government also enjoys majority representation in the Senate. However, in recent years majority representation in the Senate has not been common in the early years of a new government and some years may elapse before the incoming government can appoint enough new senators to achieve a majority.

75 I am indebted to my colleague David Beatty for making this suggestion.

76 The position is therefore very different from the constitutionally entrenched provision in section 96 of the Constitution Act, 1867 entitling only the Governor General to appoint the judges of the Superior, District and County Courts in each province except for the judges of the Probate Courts in Nova Scotia and New Brunswick. There is a great deal of jurisprudence interpreting section 96 but none, to the best of my knowledge, discussing whether and to what extent the federal government can delegate or dilute its appointive powers by establishing advisory or nominating committees or providing for a parliamentary confirmation role. There has been some discussion of the issues in the Australian context because of the Commonwealth government's exclusive grant of constitutional powers in section 72(i) of the Commonwealth Act to appoint the members of the High Court of Australia. See Tony Blackshield and George Williams, *Australian Constitutional Law and Theory: Commentary and Materials*, 2nd ed. (Sydney: The Federation Press, 1998), pp. 465-69, and J.A. Thompson, "Appointing Australian High Court Justices: Some Constitutional Conundrums," in HP Lee and G. Winterton (eds.), *Australian Constitutional Perspectives* (Sydney: Law Book Co., 1992), pp. 251, 266-69.

77 R.I. Cheffins, "The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications," *Supreme Court Law Review*, Vol. 4 (1982), p. 42; W.R. Lederman, "Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada," *Cahiers de droit*, Vol. 26, no. 1 (March 1985), p. 195.

78 Russell, *The Judiciary in Canada*, pp. 67-68. See also MacKay and Bauman, "The Supreme Court of Canada," pp. 49-50, who however, express no views about the proper resolution of the conflict.

79 Canadian Bar Association, Committee on the Supreme Court of Canada, *Report of the Canadian Bar Association Committee On The Supreme Court of Canada* (Ottawa: The Association, 1987), p. 14.

80 As there already is within the Reform Party. See note 6 and accompanying text.

81 See note 7 and accompanying text.

Summary

Merit Selection and Democratization of Appointments to the Supreme Court of Canada

Jacob S. Ziegel

This article explains why the existing system of appointments to the Supreme Court of Canada is badly in need of reform and analyses two alternative methods for making the appointment system much more transparent and democratic in order to ensure that the most meritorious candidates are appointed to the Court.

Under the existing system, all appointments to the Supreme Court are made by the federal Cabinet (but actually by the Prime Minister) without the need to consult anyone. This unaccountable power was anachronistic before the adoption of the Canadian Charter of Rights and Freedoms in 1982 and it led to many abuses; in the eyes of many observers, it has become completely unacceptable since the adoption of the Charter, given the fact that the Supreme Court has become one of the most powerful courts in the Western world and that its decisions affect every aspect of Canadian life.

Accordingly, this article explores alternative methods of appointment. The first is to establish a Supreme Court nominating commission whenever a vacancy arises on the Court. This nine-member body, representing a variety of constituencies, would present the Prime Minister with a short list of candidates from which the federal government would have to pick one.

The other method of appointment would require all appointments to the Court (whether or not preceded by a nomination procedure) to be confirmed by a committee of the House of Commons or a joint committee of the House of Commons and the Senate. A confirmation procedure for appointments to the US Supreme Court is mandated in the US Constitution. The adoption of a similar requirement for appointments to the Supreme Court of Canada has won the support of many official reports studying the entrenchment of the Supreme Court in the Canadian constitution.

A parliamentary confirmation requirement undoubtedly provides the greatest degree of transparency and accountability, but it has encountered much opposition in government circles and among members of the Supreme Court itself. This is because it is perceived as leading to the politicization of the appointment process and because the critics fear that it may compromise the independence of the Court. This article contends that these concerns are greatly exaggerated, though there may be constitutional difficulties in giving statutory form to a confirmation requirement and political hurdles in making it work effectively because of the party voting system in the Canadian Parliament. On the other hand, no such difficulties would hinder the establishment of a Supreme Court nominating commission.

The article concludes that Canadians cannot afford to sit back and ignore this issue any longer and that they should press for the adoption of one of these alternative methods of selection.

choix

Tribunaux et législatures

IRPP

Vol. 5, n° 2 (f)
Juin 1999
ISSN 0711-0685

Jacob S. Ziegel

professeur émérite de droit
Université de Toronto

Sélection au Mérite et Démocratisation des Nominations à la Cour suprême du Canada

Peter Russell et Paul Howe
Mot des rédacteurs 2

Jacob S. Ziegel
Sélection au mérite et démocratisation des nominations à la Cour suprême du Canada

Introduction 3

Les rôles décisionnels de la Cour suprême 4

Le système actuel de nomination à la Cour suprême 5

Les méthodes utilisées dans d'autres pays 7

Origines et évolution du système canadien de nomination par l'exécutif 9

Au Canada : la nécessité d'un système de mise en candidature pour les nominations à la Cour suprême 10

Le fonctionnement d'un comité de mise en candidature 11

Les arguments en faveur d'une procédure de confirmation 15

Pour la Cour suprême : comité de mise en candidature ? procédure de confirmation ? ou les deux ? 19

La question constitutionnelle 20

Conclusion 21

Mot des rédacteurs

Au cours des derniers mois, les procédures de nomination à la Cour suprême ont fait l'objet d'examens minutieux alors qu'une vacance se présentait à la Cour avec le départ à la retraite du juge Peter Cory. Un successeur, Louise Arbour, a été dûment nommé.

Alors que le ministre de la Justice et d'autres officiels sont concernés par le processus de nomination à la Cour suprême, la décision finale revient au premier ministre. Étant donné le rôle important joué de nos jours par la Cour suprême, une pression considérable émerge pour trouver un nouveau mode de sélection.

Professeur à la faculté de Droit de l'Université de Toronto, Jacob Ziegel, s'intéresse depuis plusieurs années à cette question et plaide en faveur d'un changement. S'appuyant sur une analyse comparative des procédures en place dans d'autres juridictions, le professeur Ziegel recommande la tenue, au sein du Parlement, d'audiences destinées à confirmer ou à infirmer les candidatures présentées par le premier ministre. Il favorise également ce qui constituerait probablement une réforme plus accessible, l'établissement d'un comité de mise en candidature. Un tel comité, composé de représentants des gouvernements fédéral et provinciaux, du milieu judiciaire et d'autres milieux, présenterait au premier ministre une liste restreinte de candidats recommandés pour combler les vacances à la Cour suprême.

Les résultats d'une enquête menée récemment par l'IRPP relativement aux tribunaux canadiens — qui fera l'objet d'un article dans la série *Tribunaux et législatures* de la prochaine livraison de *Choix* — semblent indiquer que les recommandations du professeur Ziegel recevraient un appui considérable du public canadien. Six cents Canadiens ont été interrogés sur ce qu'ils pensaient de la méthode de nomination par le premier ministre et seulement huit p. 100 ont dit l'approuver. Ce que les Canadiens voudraient plutôt voir est un processus impliquant une participation parlementaire et/ou provinciale.

Que ceci se réalise reste à voir. Certains opposent une vive résistance au remaniement de nos institutions gouvernementales, probablement dûe à l'amertume et à la division suscitées par les efforts passés de réforme constitutionnelle. Par contre, comme le souligne le professeur Ziegel, on peut se demander si les changements qu'il propose exigent un amendement constitutionnel. Avec sur la table des propositions pratiques de réforme et le désenchantement apparemment grandissant du public, il incombe au gouvernement fédéral de considérer sérieusement les formes alternatives de sélection des juges de la Cour suprême.

a n n o n c e

Dans les prochains numéros de *Choix*, sous la série *Tribunaux et législatures :*

- **Janet Hiebert (Université Queen's), *Wrestling with Rights : Judges, Parliament and the Making of Social Policy*, examine l'impact de la Charte sur l'évolution des politiques gouvernementales et sur l'évaluation des lois.**
- **Joseph Fletcher (Université de Toronto) et Paul Howe (IRPP), *Canadian Attitudes Toward the Charter and the Courts : Results of a Recent IRPP Survey in Comparative Perspective*, exposent les premiers résultats d'une enquête de l'IRPP menée à l'échelle nationale.**
- **Gregory Hein (Université McMaster), *Interest Group Litigation in Canada, 1988-1998*, cherche à expliquer pourquoi certains groupes d'intérêts recourent aux tribunaux pour arriver à leurs fins et rend compte de leur taux de succès.**

Introduction

Le débat sur le mode de nomination des juges à la Cour suprême du Canada, débat qui couvait depuis la promulgation de la Charte canadienne des droits et libertés, a repris de plus belle au cours de la dernière année. Et il retiendra sûrement l'attention des observateurs jusqu'à ce que l'on adopte, pour la nomination des juges du plus haut tribunal, une méthode plus satisfaisante que celle qui a cours actuellement.

Plusieurs événements récents ont illustré ce regain d'intérêt; citons-en quelques-uns. En Alberta — comme ailleurs au Canada — la droite proteste depuis longtemps contre le rôle « activiste » de la Cour suprême[1]. Elle s'est montrée particulièrement critique l'an dernier quand, dans l'affaire Vriend[2], ce tribunal statua que la charte albertaine des droits de la personne, en usant de discrimination à l'égard des gais et des lesbiennes, violait les dispositions de la Charte canadienne en matière d'égalité[3]. On pressa même le gouvernement Klein d'invoquer la clause dérogatoire, contenue dans la Charte canadienne, pour faire échec au jugement de la Cour suprême; mais la province renonça à ce recours. Plus récemment encore, le juge McClung fit publiquement une sortie sans précédent contre les critiques, exprimées par la juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême, quant à la décision qu'il avait lui-même rendue dans l'affaire *Ewanchuk*[4]. Cette sortie déclencha, dans les médias, un vigoureux débat sur l'attitude de la Cour suprême dans les causes reliées au genre et quant à la philosophie de la juge L'Heureux-Dubé sur cette question[5].

Il ne faut pas s'étonner de ce que ces événements aient encouragé éditorialistes et politiciens à réitérer leurs appels à une plus grande transparence dans la nomination des juges de la Cour suprême[6]. Les membres actuels de ce tribunal ont été eux-mêmes entraînés dans ce débat. D'une part, le juge Gérard V. La Forest, peu après l'annonce de sa mise à la retraite en septembre dernier, se déclarait favorable à l'instauration d'un processus qui viendrait ratifier la nomination des juges de la Cour suprême[7]. D'autre part le juge Peter Cory, s'exprimant plus récemment dans une entrevue accordée après l'annonce de sa propre retraite, s'opposait carrément à tout processus de confirmation qui imposât aux candidats à ces postes un interrogatoire sur des problèmes susceptibles d'être soumis à la Cour[8]. Enfin le juge Frank Iacobucci, dans une allocution récente devant des étudiants en droit, exprimait lui aussi son refus de toute confirmation publique dans le processus de nomination des juges[9].

On savait fort bien pendant ce temps, dans les milieux judiciaires de Toronto, les pressions que les supporteurs de John Laskin et de Rosie Abella, tous deux membres de la Cour d'appel de l'Ontario, avaient exercées en faveur de leur candidat respectif à la succession du juge John Sopinka, de la Cour suprême. En réaction à ce mouvement, le juge en chef Antonio Lamer blâma publiquement l'une et l'autre factions pour une conduite qui, à son avis, ne pouvait que ternir l'image de la Cour aux yeux du public[10].

De tels incidents ne sont pas propres au Canada. Ailleurs dans le monde, on assiste à des débats semblables sur le rôle de la plus haute cour du pays et sur la transformation du mode de nomination de ses membres : c'est le cas en Australie, en Angleterre et en Nouvelle-Zélande — et même au Conseil de l'Europe, en ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme. Parallèlement, on voit paraître aux États-Unis une multitude d'écrits sur le processus de confirmation à suivre pour la nomination de juges à la Cour suprême de ce pays; le débat là-dessus a fait rage après que le Sénat eût écarté la nomination de Robert H. Bork en 1988 et n'eût approuvé que par une faible marge celle de Clarence Thomas en 1991.

Ce qui étonne dans le cas du Canada, c'est que, depuis le rejet de l'Entente de Charlottetown par l'électorat, ni le gouvernement conservateur ni le gouvernement libéral n'ont manifesté quelque intérêt quant à la révision du mode de sélection des candidats à la Cour suprême. Dans le cas de l'administration actuelle, on prête volontiers au premier ministre Chrétien l'une ou l'autre des attitudes suivantes : ou bien une relative satisfaction face au système en vigueur; ou bien le sentiment qu'on ne peut apporter à celui-ci aucune modification qui n'ait pour cadre une transformation constitutionnelle acceptée par la majorité. Or, comme il l'a maintes fois exprimé, la chose reste improbable pour l'avenir prévisible. Dans ces circonstances, il peut paraître futile de consacrer à la question un nouvel article; mais je ne partage pas ce pessimisme. Mon propos s'appuie sur la nécessité, depuis trop longtemps ressentie, de conférer plus d'imputabilité et de transparence au processus de nomination des juges — et cela malgré les obstacles constitutionnels qu'il reste à surmonter pour instaurer les changements nécessaires[11].

Pour pallier les défauts du système actuel, nous présentons deux recommandations, dont chacune pourrait s'appliquer isolément ou qui pourraient être mises en œuvre concurremment :

- La formation d'un comité de mise en candidature, chargé de présenter au premier ministre une courte liste de candidats à la Cour suprême chaque fois qu'une vacance se produit dans ce tribunal;
- L'instauration d'une procédure de confirmation parlementaire, à laquelle seraient soumis les candidats présentés par le premier ministre pour combler une vacance dans cette Cour.

Avant de décrire dans le détail ces recommandations, commençons par examiner le rôle de la Cour suprême du Canada, la procédure à laquelle obéit actuellement la nomination de ses juges, et les méthodes que d'autres pays utilisent pour pourvoir les postes de leur plus haut tribunal.

Les rôles décisionnels de la Cour suprême

Notre discussion prendra comme point de départ l'examen du rôle prédominant que la Cour suprême exerce dans la sphère judiciaire au Canada[12]. Il s'agit certes, d'abord, d'un rôle d'arbitre final dans les questions touchant la signification et l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés; cela constitue depuis 1982 sa fonction la plus visible et la plus « importune ». Mais ce n'est là qu'un rôle parmi d'autres. Un deuxième s'y est ajouté par l'abolition, en 1949, des appels au Conseil privé, à Londres. La Cour suprême devenait dès lors la dernière instance pour les litiges portant sur la répartition des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux et sur toute autre question concernant la Loi constitutionnelle; on attend même de ce tribunal qu'il conseille le gouvernement sur les règles, non-écrites, à suivre advenant la sécession d'une de ses provinces!

Troisièmement, et contrairement aux autres tribunaux constitutionnels que l'on trouve dans l'hémisphère occidental, la Cour suprême du Canada assume de très lourdes responsabilités en matière de droit public et de droit privé : d'une part, la surveillance du système de justice pénale et des autres champs d'application du droit public; d'autre part, un jugement de dernière instance sur divers principes ou doctrines de droit privé dont sont saisis les tribunaux et qui s'appliquent au niveau provincial comme au niveau fédéral. On qualifie souvent d'« interstitiel » le rôle que la Cour suprême exerce en dehors du domaine constitutionnel, ses décisions pouvant

être modifiées par le législateur. Mais cela, qui est vrai en théorie, ne reflète pas la pratique actuelle. Dans une large mesure, en effet, les législatures fédérale et provinciales sont bien aises de laisser aux tribunaux le soin d'appliquer et de développer les principes du droit privé, particulièrement quand ceux-ci s'appliquent hors du Québec. Fait significatif, le rôle central dévolu à la Cour suprême dans l'interprétation de la Charte des droits et libertés a également poussé ce tribunal à se montrer beaucoup plus audacieux qu'avant 1982 dans les décisions qu'il rend sur des questions étrangères à cette Charte[13].

Il n'en reste pas moins que, de tous les arrêts de la Cour suprême, ceux qui portent sur la Charte ont suscité le plus de débats, et tout porte à croire qu'il en ira de même dans l'avenir. La raison en est évidente : c'est que la Charte exprime, en quelques douzaines de chapitres, les valeurs démocratiques, juridiques et égalitaires tenues pour fondamentales dans l'harmonisation des relations entre un gouvernement et ses citoyens, au sein d'un État libéral moderne. Ces valeurs étant relatives et susceptibles d'évolution, il en est forcément de même des dispositions de la Charte. Il revient aux neuf membres de la Cour non seulement de préciser la signification et la portée de ces dispositions, mais aussi de déterminer les cas où, en vertu du premier chapitre de la Charte, l'on peut déroger à la règle des droits pour répondre à tel besoin social impérieux. Certains juges canadiens estiment encore que ce devoir « d'interprétation » ne diffère en rien des rôles dévolus à la Cour suprême jusqu'à 1982[14]; mais il n'en est pas ainsi, de toute évidence. Pour préciser le contenu des dispositions de la Charte, chaque juge fait forcément appel à sa propre philosophie politique et à sa propre expérience de vie; il est donc conduit à prendre parti entre les différents points de vue qui lui sont présentés.

Aux États-Unis, où l'on a bien compris cette conséquence de l'adoption d'une charte des droits, les nominations à la Cour suprême fédérale font l'objet d'enquêtes rigoureuses et, parfois, de débats acrimonieux. Comme le juge Felix Frankfurter l'a écrit en 1930, « c'est parce que la Cour suprême [des États-Unis] exerce le pouvoir qu'elle exerce que les nominations à la Cour sont une question d'intérêt public et non pas seulement une question d'intérêt pour la profession. En vérité, la Cour suprême *est* la Constitution[15]. » On pourrait en dire autant du rôle de la Cour suprême du Canada[16].

Le système actuel de nomination à la Cour suprême

Chose anormale en régime fédéral (et sur laquelle nous reviendrons plus loin), l'existence de la Cour suprême n'est pas formellement enchâssée dans la Constitution canadienne. En fait, l'appellation de Cour suprême apparut pour la première fois dans la Constitution lors de l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982. La Loi constitutionnelle de 1867 ne faisait qu'*autoriser* le parlement fédéral à établir pour le Canada une cour d'appel générale[17], pouvoir qu'Ottawa n'allait exercer que huit ans plus tard, en 1875, par une loi portant création de la Cour suprême[18].

Cette façon feutrée d'aborder la nécessité d'une cour de dernière instance qui fût propre au Canada n'était pas le fruit du hasard. Elle reflétait, au contraire, une conviction profonde chez les « pères de la Confédération » que le Conseil privé, qui siégeait à Londres, devait demeurer l'instance finale pour les questions de droit qui se posaient au Canada : non seulement en droit constitutionnel et dans les autres domaines du droit public, mais aussi bien en matière de droit privé. Certes, les mentalités commencèrent à évoluer après la Première Guerre mondiale, mais il fallut attendre jusqu'à 1949 pour que fussent complètement abolis les appels au Conseil privé[19] et que la Cour suprême devînt maîtresse chez elle.

Durant les 74 années qui s'écoulèrent de 1875 à 1949, la Cour suprême ne fut pas seulement éclipsée par le prestige et la prépondérance dont jouissait le Conseil privé. Elle dut souffrir un deuxième affront en ce que les parties à un litige pouvaient, si elles le désiraient, en appeler directement au Conseil privé d'une décision rendue par un tribunal provincial — ce qui devint pratique courante[20]. Pire encore, les gouvernements qui se succédèrent à Ottawa traitèrent la Cour suprême en appendice du pouvoir exécutif plutôt qu'en pouvoir autonome. Les nominations à la Cour suprême devinrent occasions de favoritisme, tout comme cela se passait dans les cours supérieures provinciales; et l'on vit se dégrader la qualité des décisions rendues par le plus haut tribunal canadien. Selon le mot cinglant de Peter Russell, la Cour était « une institution d'un rang tout à fait secondaire, et le gouvernement fédéral la traitait comme telle »[21].

L'abolition des appels au Conseil privé marqua, après la Seconde Guerre mondiale, une étape capitale dans la transformation de la Cour suprême. Mais d'autres suivirent, tout aussi importantes par l'amélioration qu'elles apportèrent à l'efficacité et à la qualité des travaux de la Cour et par l'élévation de son statut constitutionnel au rang prééminent qu'elle occupe aujourd'hui dans le système judiciaire canadien. Citons à cet égard l'abolition du droit d'appel à la Cour dans les causes civiles (1974); l'abolition des audiences orales dans les demandes d'autorisation d'aller en appel, sauf décision contraire de la Cour (1990). L'événement le plus marquant fut assurément l'adoption en 1982 de la Charte des droits et libertés. Celle-ci transformait radicalement la nature d'une partie des tâches imparties à la Cour et, par le fait même, forçait le gouvernement fédéral à prendre beaucoup plus au sérieux la nomination des juges qui la composent. À cette liste des facteurs de transformation, il faudrait ajouter l'instauration du rôle des clercs de la Cour suprême, pendant le mandat du juge en chef Laskin. Ces clercs, généralement recrutés parmi les meilleurs étudiants de leur promotion, ne font pas qu'assister les juges dans le traitement des nombreuses causes dont ces derniers sont saisis. Les clercs jouent un rôle tout aussi important, dans la mesure où ils aident les juges à se tenir au courant des récents développements dans les diverses disciplines du droit ainsi qu'à observer les tendances en cours dans la philosophie du droit et de la politique[22]. À ce double titre, les clercs soutiennent les membres de la Cour dans leurs délibérations et dans leur prise de décision[23].

La plupart des observateurs admettront volontiers que la somme de ces changements a largement contribué à hausser le niveau de compétence des personnes nommées à la Cour suprême ainsi que le niveau de qualité des décisions qu'elles rendent. La chose est certaine si l'on compare les standards actuels à ceux de l'avant-guerre, et probablement aussi si on les compare à ceux de la période 1949-1982. Mais on ne peut ni conclure que le processus de nomination est devenu plus transparent, ni juger inutile d'y apporter de nouveaux changements pour améliorer encore la qualité des titulaires.

La Loi sur la Cour suprême stipule simplement[24] que les neuf membres de la Cour, le juge en chef inclus, doivent être nommés par le gouverneur général en conseil; que trois d'entre eux doivent venir du Québec; et que tous doivent être soit juges d'une Cour supérieure provinciale, soit avocats ou procureurs inscrits depuis au moins 10 ans au barreau d'une province. Par convention, l'Ontario a aussi droit à trois juges, les Maritimes à un, les provinces des Prairies et la Colombie-Britannique à deux[25]. Tout le reste du processus de nomination des juges est laissé à la discrétion du Conseil des ministres et demeure enveloppé d'imprécision, de rumeurs et de potins. Le ministre de la Justice est évidemment partie prenante — tout comme l'est, nous dit-on, le bureau du premier ministre puisque, par convention, c'est à ce

dernier que revient la décision finale. Si tel est le cas, le Cabinet ne fait-il qu'approuver sans discussion le choix du premier ministre ? Quel rôle est dévolu au juge en chef du Canada ? Jusqu'à quel point le ministre de la Justice consulte-t-il le ou les procureurs généraux de la province ou du groupe de provinces d'où doit être choisie la personne à nommer ? Quel est le rôle des groupes de pression représentant les intérêts de corps organisés ou ceux de candidats précis ? Depuis la promulgation de la Charte des droits et libertés, dans quelle mesure le gouvernement s'interroge-t-il sur la philosophie constitutionnelle de chaque candidat ? Il n'existe de réponse certaine à aucune de ces questions.

Selon le *Rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur la nomination des juges au Canada*[26], le ministre fédéral de la Justice suit, pour le choix des juges de la Cour suprême, le même processus que pour les nominations à la Cour fédérale du Canada, à la Cour fédérale de l'impôt et aux cours supérieures provinciales. Ces références n'ont rien de très rassurant, puisque le processus utilisé pour pourvoir les tribunaux inférieurs n'est ni plus structuré ni plus transparent que dans le cas de la Cour suprême; les affinités politiques et les amitiés personnelles y jouent encore un rôle clé[27]. En un sens, toutefois, les nominations au sein des cours supérieures provinciales offrent de meilleures garanties que celles de la Cour suprême. Cela tient au système de comités consultatifs, que l'administration Mulroney a mis en place en 1988 pour filtrer les candidatures aux tribunaux provinciaux — système qu'a maintenu le gouvernement Chrétien. Ce dernier s'est du reste engagé, plus ou moins fermement, à ne nommer aucun candidat qui ne soit recommandé par le Comité[28]. De l'aveu général, comme nous le verrons plus loin, le seuil d'acceptabilité n'est pas très élevé, et le filtrage actuel n'a rien d'un réseau de comités consultatifs qui soumettraient aux autorités compétentes une courte liste des candidats les mieux qualifiés. Il n'en constitue pas moins un point de départ dans la longue marche vers un mode de nomination plus responsable et plus transparent. C'est ce que nous examinerons dans la suite du présent article, en même temps que d'autres moyens d'atteindre la même fin.

Les méthodes utilisées dans d'autres pays

De nos jours en Europe de l'Ouest, en Amérique du Nord et dans d'autres juridictions régies par le droit coutumier (*Common Law*), on confie généralement à l'un des trois organes suivants le choix des membres de la plus haute cour constitutionnelle : à l'exécutif; à la législature ou à un comité législatif agissant seul ou en liaison avec d'autres organismes gouvernementaux; ou, enfin, à des gens qui ont fait carrière dans la magistrature. Il importe de souligner l'absence de cloisons rigides entre ces trois méthodes. On relève en effet de nombreuses variantes à l'intérieur de chacune de celles-ci, et chacune fait des emprunts aux autres. Pour arriver à une complète taxonomie des solutions possibles, il conviendrait d'en ajouter au moins deux autres : d'une part le recours à des commissions de mise en candidature à la magistrature[29], intervenant avant la nomination elle-même ou avant le vote appelé à confirmer celle-ci; d'autre part, la mise en place d'une procédure de confirmation, intervenant après la soumission d'une candidature par l'organisme chargé d'une première sélection. Au Canada, seule a été utilisée jusqu'à ce jour la nomination par l'exécutif; mais il reste utile de réfléchir aux autres procédés, ne serait-ce que pour nuancer le haut niveau de vertu qu'en certains milieux on prête au modèle canadien.

Des pays comme l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse et l'Italie utilisent d'une certaine façon le

modèle législatif. En Allemagne, par exemple, les membres de la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht, ou BVG*) sont nommés par la Chambre basse (*Bundestag*) et par la Chambre haute (*Bundesrat*) du Parlement; chaque chambre vote alors pour l'un des deux Sénats (de huit juges chacun) qui forment la Cour constitutionnelle[10]. Le Bundesrat est composé de représentants des États allemands (*Länder*), ce qui confère une dimension fédérale à l'élection de la Cour constitutionnelle. Le Bundesrat participe aussi activement au choix des juges des cinq autres cours spécialisées de dernier appel, dont est dotée la structure fédérale de l'Allemagne[11]. Entre la Cour constitutionnelle et les autres cours d'appel, on observe une différence importante : dans la première, seulement six des juges proviennent obligatoirement de la magistrature. Mais il y a plus révélateur encore : le rôle de la Législature dans le choix des juges de la Cour constitutionnelle reflète le sentiment, très répandu dans les systèmes de droit civil, que le droit constitutionnel est « politique » par nature et que, par conséquent, la nomination des membres de la Cour constitutionnelle revient d'office aux élus du peuple allemand et aux représentants des *Länder*[12].

On utilise un système électif du même genre pour certains tribunaux internationaux. Ainsi, au sein de l'Organisation des Nations Unies, les membres de la Cour internationale de justice sont élus par les majorités combinées de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. De même encore, les membres de la Cour européenne des droits de l'homme sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, à partir de courtes listes de candidats soumises par les pays membres[13]. Toutefois, le mode électif observé à la Cour internationale et à la Cour européenne ne procède pas tant d'un souci démocratique que du fait que, n'étant pas des gouvernements, les Nations Unies et le Conseil de l'Europe, ne possèdent pas le réel pouvoir exécutif de ceux-ci.

Les États-Unis, en adoptant au XIX[e] siècle un régime populiste pour l'élection des juges, se sont montrés nettement plus fidèles aux principes démocratiques d'un Andrew Jackson. Depuis lors, ce système s'est trouvé passablement édulcoré — dans environ la moitié des États et dans le District de Columbia — par la création de conseils de mise en candidature (souvent coiffés d'une référence trompeuse au *régime du Missouri*, État qui le premier implanta en 1940 de tels conseils)[14]. Lorsque dans ce régime une vacance se produit au sein d'un tribunal, le Conseil présente au gouverneur une liste de trois candidats, parmi lesquels le gouverneur en choisit un; cette nomination est valide pour une période d'au moins un an et jusqu'à la prochaine élection générale des juges. Après cette période de probation, la personne ainsi désignée doit solliciter de l'électorat un mandat en bonne et due forme : d'une durée de 12 ans dans le cas d'une cour d'appel, ou d'une durée moindre dans le cas d'une cour criminelle. La tradition veut que le juge en place ne se voie opposer aucun candidat, au cours d'un scrutin tenu en même temps que l'élection générale, mais distinct de celle-ci et soustrait aux directives des partis[15].

Sauf rares exceptions, les juristes canadiens répugnent à voir les magistrats soumis à un régime électif, surtout si l'ensemble des citoyens y ont qualité d'électeurs. Ils estiment un tel système humiliant pour les candidats à la magistrature et propre à n'attirer vers celle-ci que des talents de second ordre. Enfin, ils trouvent foncièrement contraire à l'indépendance exigée des magistrats l'obligation faite à ceux-ci de briguer périodiquement les suffrages de la population. Ce sont là de sérieux inconvénients, certes. Mais un esprit sceptique peut se demander s'ils sont plus graves ou plus désastreux que les nominations effectuées — en vertu d'un système fédéral inféodé aux partis politiques — dans certaines cours supérieures provinciales et, jusqu'à un certain point, à la Cour fédérale du Canada. Quoi qu'il en soit, aucun uni-

versitaire ni aucune commission d'enquête n'ont jamais recommandé que l'on appliquât aux juges canadiens le système électoral états-unien[16]. Il reste cependant vrai qu'au Canada, durant les 20 dernières années, les débats entourant la nomination des juges, tout comme les changements apportés à ce processus, ont été largement influencés par l'usage de commissions de mise en candidature inspirées du modèle missourien. Et, comme nous le verrons plus loin, l'adoption de ce modèle a aussi été recommandée dans le cas des nominations à la Cour suprême du Canada.

Origines et évolution du système canadien de nomination par l'exécutif

À tous ses niveaux, le système canadien de nomination des juges nous est venu du modèle britannique. Ajoutons que, pour autant qu'il s'agisse des tribunaux où la nomination des juges relève du gouvernement fédéral en vertu de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867, ce système est inscrit dans la Constitution canadienne. Ce régime est né en Angleterre, où la monarchie était considérée comme la source de toute justice. Les cours étaient les cours du roi, et les juges étaient les juges du roi. Il allait donc de soi que tous les juges des hauts tribunaux fussent nommés par le monarque ou par son délégué, et que l'on conservât ce système même après l'instauration du gouvernement responsable et du suffrage universel. Sans doute le favoritisme a-t-il influencé la nomination des juges dès avant le XIX[e] siècle, mais le problème n'atteignit jamais en Angleterre l'ampleur observée au Canada après la Confédération. Cela était dû (et le demeure encore en grande partie) à deux phénomènes : le nombre de juges à plein temps était moindre en Angleterre et au pays de Galles; et, jusqu'à récemment, la distinction y était plus rigide entre avocats et procureurs au sein de la profession[17].

L'Angleterre diffère aussi du Canada par le rôle particulier que la Constitution britannique impartit au « Lord Chancellor » (ou grand chancelier) : à la fois chef du système judiciaire, président de la Chambre des lords et membre du Cabinet. En sa qualité de magistrat, le grand chancelier est responsable des nominations au sein de la plupart des tribunaux : tribunaux supérieurs mais aussi, depuis le siècle dernier, tribunaux inférieurs. Sa position privilégiée lui a permis d'acquérir, dans le processus de nomination, une large indépendance face aux autres branches du gouvernement. Il y a été grandement aidé par la création, vers la fin du XIX[e] siècle, d'un secrétariat permanent attaché à son bureau[18].

Toutefois, des plaintes se font jour en Grande-Bretagne au sujet du manque de transparence du grand chancelier dans ses nominations. On critique la prédominance, à tous les échelons de l'appareil judiciaire, des personnes de race blanche et de sexe masculin, issues de la classe sociale supérieure et diplômées d'Oxford ou de Cambridge. On déplore la sous-représentation des femmes et des minorités visibles. Et l'on appelle de plus en plus à des réformes. Les observateurs prédisent d'ailleurs que l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au système juridique de la Grande-Bretagne ne pourra qu'intensifier les pressions en faveur de changements plus profonds[19]. À l'époque où Margaret Thatcher était première ministre, les conservateurs ont apporté certains changements. De leur côté les travaillistes, dans un manifeste préélectoral datant de 1995, se sont engagés à mettre sur pied un système de comités consultatifs pour le choix des magistrats[20]. Le système n'est pas encore en place, et l'on doute qu'il s'applique un jour à la fonction judiciaire de la Chambre des lords. Quoi qu'il en soit, le nouveau grand chancelier, lord Irvine, a récemment réaffirmé l'engagement du gouvernement

Blair d'aller de l'avant dans la réforme du système de nomination des juges — y compris la création de comités consultatifs.

Au Canada : la nécessité d'un système de mise en candidature pour les nominations à la Cour suprême

Au Canada nous n'avons jamais eu de grand chancelier, nous avons beaucoup plus de juges, et les ministres fédéraux de la Justice sont généralement d'ambitieux politiciens. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner de ce que les gouvernements qui se sont succédé à Ottawa depuis la Confédération — à quelque parti qu'ils appartinssent et quelles qu'aient été leurs promesses préélectorales — aient tous succombé à la tentation d'utiliser les postes de magistrats pour récompenser des supporters du parti, des amis personnels et des associés professionnels.

Les critiques qui s'élevaient contre ces abus de pouvoir amenèrent, après la Deuxième Guerre mondiale, quelques changements mineurs de la part des gouvernements[41]. En guise de filtre pour la recherche de candidats, on recourut d'abord au Comité national sur la magistrature, créé au sein de l'Association du Barreau canadien. Puis en 1968, avec Otto Lang, on adjoignit au ministre de la Justice un assistant spécial, chargé de recueillir les dossiers des candidats à la magistrature. Plus récemment, enfin, on créa des comités consultatifs basés dans les provinces mais cautionnés par le fédéral, comités qui ne possèdent aucun pouvoir effectif dans la présentation de candidats.

Ceux qui ont suivi cette évolution sont presque unanimes dans leurs critiques : le gouvernement fédéral n'est pas allé assez loin, et le système de comités consultatifs mis sur pied en 1988 n'est qu'un palliatif, incapable d'assurer la nomination des candidats les plus qualifiés. À cela s'ajoutent deux lacunes : d'une part, les comités ainsi créés n'agissent même pas comme filtres pour les promotions à accorder aux magistrats déjà en place; d'autre part, on n'a mis sur pied aucun comité chargé de conseiller le gouvernement pour les nominations à la Cour suprême[42]. D'après les critiques, le gouvernement fédéral devrait prendre pour modèle un système fondé sur le mérite, comme il en existe déjà pour les juges de la Cour provinciale en Colombie-Britannique, au Manitoba, en Ontario et au Québec[43]. Ce modèle a d'ailleurs reçu un solide appui dans les rapports qu'ont publiés en 1985, sur cette question, deux comités formés respectivement par l'Association canadienne des professeurs de droit et par l'Association du Barreau canadien[44].

L'un et l'autre rapports recommandaient l'adoption d'un même système de comités des candidatures (quoique avec une composition différente) pour les deux paliers de l'ordre judiciaire : Cour suprême d'une part et, dans les provinces, cours supérieures et cours d'appel[45]. Le professeur Martin Friedland reprenait plus récemment la même recommandation, dans un important rapport présenté au Conseil canadien de la magistrature[46]. L'administration Mulroney se montra peu réceptive à toutes ces recommandations et ne sut pas renoncer à une précieuse source de favoritisme. Quant au gouvernement Chrétien, il semble aussi déterminé que ses prédécesseurs à conserver les choses en l'état[47]; il parait donc irréaliste d'espérer que l'actuel premier ministre change un jour le mode de nomination des juges à la Cour suprême.

À la défense de l'actuel gouvernement, on peut avancer que, de l'avis général, ce processus est devenu nettement plus libre face aux contraintes partisanes et que, par conséquent, le besoin d'une procédure indépendante a disparu. On peut aussi alléguer que l'actuel système de con-

sultation offre, par son caractère informel, plus de souplesse que n'en pourrait apporter un mécanisme très structuré.

Le second de ces arguments peut avoir quelque mérite, mais nous n'en reconnaissons guère au premier. Si l'on a évité les controverses majeures autour des nominations effectuées à la Cour suprême depuis l'adoption de la Charte (il y a à peine 17 ans), cela tient en grande partie à deux raisons : d'une part, les premiers ministres successifs — Trudeau, Mulroney, Chrétien — professaient la même philosophie en matières constitutionnelles; d'autre part, la Charte n'a pas encore produit tous ses effets. Mais supposons que soit porté au pouvoir un gouvernement de type Parti réformiste. L'histoire récente des États-Unis[48] nous autorise à prédire qu'alors, faute des contraintes imposées par un protocole de sélection ou de confirmation indépendant du pouvoir politique, la nomination des juges obéirait à un processus beaucoup plus polarisé; les titulaires seraient choisis pour leur conservatisme politique et social. Évidemment, une polarisation en sens inverse pourrait se produire si les Canadiens portaient un jour au pouvoir un parti nettement orienté vers la gauche.

On apporte souvent un troisième argument contre l'établissement d'une procédure indépendante pour la nomination des juges : le gouvernement fédéral, responsable de ses actions devant le Parlement, n'a à répondre qu'à celui-ci de ces nominations. À mon avis, il s'agit là d'un raisonnement spécieux. Il semble qu'en Grande-Bretagne, selon une longue tradition, le Parlement s'abstienne de mettre en question certaines nominations effectuées dans l'appareil judiciaire, de crainte de compromettre l'indépendance de celui-ci; cette tradition n'est peut-être pas aussi solidement ancrée au Canada. Cependant, même si un tel débat était permis dans notre Chambre des communes, on ne serait guère plus avancé : l'opposition se trouverait toujours devant un fait accompli.

L'excuse de la responsabilité parlementaire n'aurait de sens que si le Parlement était appelé à discuter des nominations *avant* que celles-ci ne soient chose faite — ou mieux encore (comme cela se fait aux États-Unis pour les tribunaux fédéraux) à les confirmer avant qu'elles n'entrent en vigueur. Nous verrons plus loin dans quelle mesure le Canada tirerait avantage d'une telle procédure de confirmation; nous nous demanderons également si l'on doit préférer celle-ci (ou l'ajouter) à l'établissement d'une procédure de nomination indépendante du pouvoir politique. Il suffit pour l'instant d'affirmer que la création de comités de mise en candidature s'appuierait chez nous sur de solides précédents et constituerait un premier pas pour assurer aux Canadiens, dans le cas de la Cour suprême, un système plus objectif, mieux structuré et plus transparent que l'actuel.

S'il est besoin d'invoquer à cet égard un précédent choisi dans un autre pays du Commonwealth, on le trouvera dans la nouvelle Constitution de l'Afrique du Sud. Celle-ci stipule la formation d'une Commission des services judiciaires, composée de 23 membres et chargée de soumettre au président de la République une brève liste de candidats, afin de pourvoir trois tribunaux : la Cour constitutionnelle, la Cour suprême et la Haute Cour[49]. La Commission fonctionne depuis maintenant cinq ans, et tout semble bien se passer. L'une de ses particularités vient de ce qu'elle interviewe publiquement les candidats avant de présenter sa liste au président.

Le fonctionnement d'un comité de mise en candidature

Les recommandations formulées en 1985 par les comités respectifs de l'Association canadienne des professeurs de droit et par l'Association du Barreau canadien nous fournissent un point de départ utile pour

définir la structure et le mode de fonctionnement d'un comité des candidatures à la Cour suprême. Dans un commentaire sur ces recommandations, Lorraine Weinrib, de la Faculté de droit de l'Université de Toronto, déplorait avec raison leur minceur et le peu d'information qu'elles apportent sur le mandat d'un tel comité et sur le mode de fonctionnement qu'on attend de lui[50]. Les notes qui suivent ont pour but de répondre aux questions de Mme Weinrib et de fournir au lecteur d'autres suggestions sur le fonctionnement des comités en question.

1. *La taille du comité.* Dans son rapport, l'Association des professeurs de droit propose un comité de mise en candidature formé de sept membres, répartis comme suit :

- le juge en chef du Canada;
- un membre nommé par le Conseil canadien de la magistrature;
- un membre nommé par le ministre fédéral de la Justice;
- un membre nommé par le procureur général de la province (ou par les procureurs généraux des provinces) d'où devrait provenir le candidat à proposer;
- deux membres du Barreau canadien;
- un représentant du public, choisi par les autres membres du comité.

La taille et la composition du comité devraient faire l'objet d'un nouvel examen. Étant donné le rôle important de cet organisme et le large éventail des circonscriptions à desservir, on souhaiterait que le nombre des membres dépassât sept. Mais de combien ? En Ontario, le Comité consultatif provincial compte 13 membres, dont la majorité ne sont pas avocats. En Afrique du Sud, la Commission des services judiciaires comprend 23 membres, dont 10 viennent du parlement fédéral et des législatures provinciales. Le professeur Friedland, pour sa part, recommande un organisme de neuf membres[51] — nombre qui paraît propice au maintien de l'équilibre nécessaire entre la représentativité, d'une part, et le besoin de collégialité et d'efficacité d'autre part[52]. Je propose la structure suivante, sans prétendre la figer une fois pour toutes :

- un représentant du ministre fédéral de la Justice;
- deux représentants des gouvernements provinciaux;
- deux représentants de l'Association du Barreau canadien et des barreaux provinciaux;
- un représentant des groupes autochtones;
- deux représentants du public, nommés par le gouverneur général;
- un président de comité, également nommé par le gouverneur général.

2. *Autres questions sur la composition du comité.* La composition d'un comité de mise en candidature soulève aussi d'autres questions. La première consiste à savoir si le juge en chef du Canada doit y être directement représenté. Oui, si l'on en croit la liste dressée par l'Association des professeurs de droit; il en va d'ailleurs ainsi pour la commission sud-africaine, où les juges sont fortement représentés. Dans les États américains, au contraire, la participation des juges aux comités de mise en candidature ne jouit pas de la faveur générale. Pour ma part, je crois préférable la position états-unienne. Sans doute devrait-on toujours consulter le juge en chef; mais celui-ci ferait une erreur en participant aux travaux du comité. Car les autres membres s'estimeraient alors obligés de se ranger à son opinion, de crainte de l'offenser.

Une seconde question est de savoir si le comité devrait comprendre des membres du Parlement. Les modèles allemand et sud-africain prêchent en faveur de cette solution, surtout en l'absence de processus de confirmation pour les candidats que le gouvernement fédéral aura finalement choisis. La mise en place d'une formule de confirmation

rendrait sans doute superflue la présence de parlementaires au sein du comité.

Le rôle des représentants provinciaux soulève une autre série de questions. La recherche de la formule idéale pour la participation des provinces au choix des membres de la Cour suprême s'est trouvée au coeur des discussions fédérales-provinciales, depuis la Charte de Victoria (1971) jusqu'à l'Entente de Charlottetown (1992). Toutes les propositions avancées au cours de cette période souffraient d'une même et grave lacune : elles ne portaient que sur le rôle à confier aux provinces dans la sélection des juges et passaient sous silence l'intervention des autres agents démocratiques[53]. Or, on voit mal les raisons qui pousseraient à accorder aux représentants provinciaux une majorité de voix au sein du comité[54] — d'autant moins que la division des pouvoirs entre paliers de gouvernement et les autres questions présentant pour les provinces un intérêt particulier occupent actuellement une part fort modeste dans les travaux de la Cour suprême.

Une question connexe est de savoir si, pour telle ou telle nomination, les représentants provinciaux au sein du comité devraient être choisis par la province (ou par le groupe de provinces) d'où le nouveau juge devrait vraisemblablement provenir. Je rappellerai ici ce que j'ai déjà soutenu ailleurs : vivant désormais sous le régime de la Charte, on aurait tort d'accorder une telle importance à l'équilibre de la représentation régionale et d'évacuer tous les autres facteurs. Il faut néanmoins prendre en compte l'étendue du territoire canadien, l'éparpillement de la population et l'existence d'une forte tradition en faveur de la représentation régionale. On pourrait donc en arriver au compromis suivant dans la composition du comité des candidatures : d'une part, accorder un siège à la province (ou au groupe de provinces) d'où l'on présume que viendra le nouveau juge; d'autre part, laisser aux autres provinces le soin de choisir le second représentant provincial. Il faudrait aussi examiner le statut à reconnaître au Québec dans le comité. On sait que la Loi sur la Cour suprême confère à cette province le droit d'être représentée par trois juges au sein du plus haut tribunal; mais la question n'est pas claire de savoir si ce droit est désormais constitutionnalisé[55]. De toute façon, personne ne mettrait en question le droit du Québec d'être représenté au comité lorsque se produit une vacance parmi les juges québécois de la Cour suprême. Chose certaine, et pour les raisons que j'ai invoquées au sujet de la nomination de juges provenant des autres provinces, le rôle du Québec ne doit pas entraîner l'exclusion de quelque autre représentation provinciale.

3. *Les pouvoirs du comité et la nomination du juge en chef.* Il faut également se demander si la nomination du juge en chef de la Cour suprême doit, elle aussi, relever du comité des mises en candidature. Si le poste devient vacant et doit être confié à quelqu'un qui ne fait pas déjà partie de la Cour, il tombe sous le sens que le comité doit en être saisi. Toutefois, la tradition canadienne veut que le juge en chef soit choisi parmi les membres déjà en place.

Cette considération doit-elle nous influencer dans la définition du rôle imparti au comité des candidatures ? La position états-unienne est que la fonction de juge en chef de la Cour suprême est distincte de toute autre fonction de magistrat, qu'elle doit faire l'objet d'une nomination distincte et que, par conséquent, elle exige confirmation par le Sénat. Des juristes états-uniens, laissant de côté les exigences d'ordre constitutionnel, estiment tellement grands le pouvoir et l'influence du juge en chef sur la Cour (même si, sur le plan juridique, il n'est qu'un pair parmi ses pairs, ou premier parmi ses égaux) que sa désignation exige une attention particulière. Au Canada, les membres actuels de la Cour suprême semblent se faire une conception moins élevée du poste de juge en chef et y voir une fonction administrative prestigieuse, sans plus[56]. Quoi qu'il en soit objec-

tivement, Friedland observe au Canada, parmi les juges puînés et les juges d'appel, le sentiment croissant que le choix du juge en chef ne devrait pas être laissé à la seule décision du premier ministre et que la durée du mandat devrait être limitée. Friedland, tout en appuyant ces deux opinions, recommande aussi une procédure distincte pour le choix du juge en chef[57]. Il ne serait pas normal que l'on adoptât pour le choix des juges en chef des cours provinciales une procédure particulière et que l'on refusât celle-ci dans le cas du juge en chef du Canada. On peut également affirmer que, dans l'esprit de la plupart des Canadiens, la fonction de juge en chef du Canada revêt une grande importance symbolique et dépasse de loin le simple rôle de président administrateur de la Cour suprême.

4. *Le fonctionnement du comité.* Venons-en maintenant à certaines préoccupations plus précises de Lorraine Weinrib. Celle-ci a raison de souligner l'importance de préparer sur chaque candidat un dossier complet. Cela exige que le comité des candidatures dispose d'un personnel adéquat, à la fois habile et sensible, ayant à sa tête un directeur général dûment expérimenté[58]. Le comité serait appelé à annoncer les vacances qui se produisent et à solliciter, pour les nominations à venir, les suggestions de tous les secteurs du milieu judiciaire. Il serait essentiel que tous les candidats mentionnés sur une courte liste fassent tour à tour l'objet d'une entrevue. Mais celle-ci doit-elle être publique, comme cela se fait en Afrique du Sud ? La chose est discutable. À mon avis, il s'agit de se demander si le candidat favori du gouvernement fédéral doit aussi être soumis à la procédure de confirmation. Dans le cas (que nous examinerons plus loin) où l'on rejetterait comme inutile cette procédure, il deviendrait indispensable que le comité tînt des audiences publiques, seul moyen de conférer à ses débats la transparence requise et de donner la parole aux groupes d'intérêts et au grand public.

5. *Les critères du choix.* La professeure Weinrib semble tenir ferme à ce que le comité soit muni d'une liste de critères statutairement imposés, qui l'aideront dans sa recherche du candidat idéal. La chose ne va pas de soi. Car, premièrement, les personnes à qui l'on reconnaîtrait la formation nécessaire pour faire partie du comité ne devraient pas avoir besoin de directives quant aux qualités à exiger d'un candidat à la Cour suprême; et, deuxièmement, même les juges de la Cour ne s'entendent pas sur la nature de ces qualités. Ajoutons que, de l'avis général, les membres du plus haut tribunal, loin d'être des clones les uns des autres, doivent être différents par leurs origines, par leurs expériences et par leurs positions philosophiques sur les problèmes constitutionnels les plus pressants dont ils auront à débattre au cours de leur mandat.

Cela dit, voici les qualités essentielles que je souhaiterais trouver chez tout juge de la Cour suprême : une parfaite intégrité; une santé robuste; une grande diligence et de bonnes habitudes de travail; le sens de la collégialité avec les autres membres de la Cour, pour permettre à celle-ci d'accomplir, sans frictions inutiles[59], l'énorme tâche qu'elle assume; une vive intelligence, dotée d'une fine plume pour exprimer sa pensée; une profonde compréhension de la Constitution canadienne, de la Charte ainsi que du rôle général du droit dans la société canadienne contemporaine; enfin — et certes pas la moindre des qualités exigées — un sens aigu du discernement, permettant de situer dans une perspective élargie les conséquences des jugements à porter[60].

Si l'on en croit Mme Weinrib, un curriculum vitae qui fait état d'une carrière exigeant la démonstration de telles qualités aiderait grandement dans sa recherche le comité de mise en candidature; et l'auteure semble croire qu'un séjour dans un tribunal d'appel serait un atout particulièrement probant. Cette opinion ne rallierait pas tout le monde — surtout pas le juge Felix

Frankfurter, qui s'y connaissait quant aux qualités à exiger d'un bon juge de la Cour suprême. Dans un passage souvent cité, Frankfurter écrivait : « On peut, sans aucune réserve, affirmer que la corrélation est nulle entre l'expérience judiciaire antérieure et l'aptitude à siéger à la Cour suprême[61]. » Mais soyons justes : Mme Weinrib ne s'en remettait pas seulement au séjour du candidat dans un tribunal inférieur, mais aussi bien à la *qualité* des services rendus. Ce qui nous conduit à une toute nouvelle dimension.

6. *Le sort réservé aux recommandations du comité*. Le rapport de l'Association des professeurs de droit et celui de l'Association du Barreau canadien préconisaient tous deux que, le comité ayant présenté aux autorités fédérales une courte liste des candidats qu'il recommande, le gouvernement serait obligé d'y choisir le nouveau titulaire ou de justifier son refus. Pour sa part, Friedland suggère une formule astucieuse : le gouvernement serait libre de choisir à l'extérieur de la liste, mais devrait alors justifier sa décision par une procédure de confirmation, à définir[62].

Les arguments en faveur d'une procédure de confirmation

L'audacieuse suggestion de Friedland pose la question la plus litigieuse de tout le débat sur le choix d'un mode de sélection des juges de la Cour suprême : faut-il définir une procédure pour la confirmation des nominations, et cette procédure est-elle nécessaire si l'on a mis en place un système de comité des candidatures ?

Ni le groupe de l'Association du Barreau canadien ni celui de l'Association des professeurs de droit ne recommandaient l'instauration d'un processus de confirmation pour les nominations à la Cour suprême ou à quelque cour dont les juges étaient nommés par le fédéral. Ils n'en voyaient pas la nécessité, devant l'existence d'une procédure de mise en candidature qui soit digne de foi. J'étais membre du comité de l'Association des professeurs et je partageais alors les vues de mes collègues; mais j'ai changé d'avis depuis lors, au moins en ce qui a trait à la Cour suprême.

L'évolution de mon opinion là-dessus vient principalement du rôle très *politique* (j'emploie ici ce mot dans un sens positif, sans connotation péjorative) que les juges de la Cour suprême exercent dans l'application et l'interprétation de la Charte et des autres parties de la Constitution. C'est précisément cela qui rend essentielle l'introduction d'un élément démocratique et stabilisateur dans le processus de nomination. On devrait fournir aux Canadiens et aux Canadiennes l'occasion de voir le candidat, de se renseigner sur lui et de mesurer sa valeur — avant que sa nomination ne devienne fait accompli. Le gouvernement, s'il a fait un bon choix, aidé ou non par un comité de mise en candidature, aura peu à craindre; selon toute vraisemblance, le candidat obtiendra vite l'aval de l'organisme mandaté pour l'approbation.

Si le candidat est un personnage controversé, mal qualifié, ou inapte pour quelque autre raison à occuper le poste convoité, on a là une raison supplémentaire pour débattre publiquement de ses mérites pendant qu'il en est encore temps. Les candidats au poste de premier ministre se soumettent à un examen serré de la part du public; pourquoi n'en attendrait-on pas autant d'un candidat à la Cour suprême ? Car ce dernier, à plusieurs égards, exercera autant de pouvoir que le premier ministre, tout en ayant moins de comptes à rendre. Et il restera vraisemblablement en poste longtemps après que le premier ministre aura quitté la scène publique.

À ces raisons de mettre en place pour la Cour suprême un processus de confirmation distinct, nous en ajouterons une autre : dans l'hypothèse où l'organisme chargé de cette confirmation sera formé de membres du Parlement, cette participation aidera nos élus à connaître les effets de la Charte sur la notion traditionnelle de respon-

sabilité gouvernementale et à situer plus clairement la frontière entre leur rôle et celui de la Charte. Les membres de la Chambre des communes et du Sénat (de même que leurs homologues provinciaux) ont été lents à réagir face à l'érosion constante de l'autorité du Parlement, érosion que l'existence même de la Charte préparait implicitement. Comme nous l'avons mentionné au début du présent article, cette complaisance est en train de changer, et les Canadiens mesurent un peu mieux le rôle considérable que les personnalités et les philosophies du personnel judiciaire jouent désormais dans l'interprétation et l'application des normes de la Charte. Ils oublieront vite l'« inconvénient » d'un processus de confirmation, si celui-ci leur fournit régulièrement l'occasion de connaître le travail de la Cour et les sensibilise collectivement à son rôle de proposition des normes.

La notion de processus de confirmation n'a plus rien de radical. Elle est d'abord apparue en 1978 dans le rapport du Comité consultatif de l'Ontario sur la Constitution et, la même année, dans le projet de loi C-60 déposé par le gouvernement fédéral. L'un et l'autre documents préconisaient que l'on confiât à une Chambre haute remaniée la confirmation des candidats à la Cour suprême. Selon le projet de loi C-60, l'approbation par la Chambre haute aurait été nécessaire, bien que le candidat eût été choisi par les efforts conjugués du procureur général du Canada et du procureur général de la province d'origine du candidat. L'Entente de Charlottetown prétendait confier ce rôle de confirmation au Sénat remanié, en chargeant celui-ci de nommer les membres des principaux organismes et commissions du gouvernement fédéral. Il serait sans doute anormal que le public eût moins à dire sur les qualités et la compétence d'un futur membre de la Cour suprême ou sur celles d'un candidat au poste de juge en chef du Canada — qu'il n'a d'occasions de commenter les nominations à la tête d'organismes comme la Société Radio-Canada, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ou l'Office des transports du Canada.

On a vu plus haut que le juge La Forest, après s'avoir pris il y a un an sa retraite de la Cour suprême, a reconnu la légitimité d'audiences à tenir pour faire avaliser les nominations à cette Cour, alors que les juges Cory et Iacobucci ont adopté une position très différente[64]. Nous savons que d'autres membres de la Cour suprême partagent leurs craintes, c'est pourquoi celles-ci méritent une analyse plus approfondie. Les objections semblent se ranger sous deux chefs principaux, dont le second n'est peut-être que le corollaire du premier.

Première objection : si le système actuel fonctionne bien, pourquoi le démanteler[64] ? Les défenseurs du statu quo nous mettent en garde contre la séduction des modèles étrangers (dont en particulier le processus de confirmation utilisé aux États-Unis) : peut-être efficaces dans leur environnement, ils restent étrangers au nôtre. Un tel raisonnement, peu convaincant, passe sous silence les raisons historiques qui ont entraîné l'inclusion, dans la Constitution états-unienne, de la procédure de confirmation.

Les pères fondateurs des États-Unis étaient divisés sur la question de savoir de quelle branche du gouvernement devait relever la nomination des membres de la Cour suprême américaine; les uns optaient pour le président, les autres pour le Sénat. En guise de compromis, on confia au président le pouvoir d'effectuer les nominations mais on exigea que celles-ci reçussent l'aval du Sénat[65]. Les délégués à la Convention constitutionnelle de 1789 estimèrent que, en accordant au président les pleins pouvoirs sur ces nominations, on courrait le risque d'abus ou de non-représentativité de la Cour. L'histoire a amplement confirmé la sagesse de cette intuition. Car, entre 1789 et 1992, le Sénat a refusé d'avaliser 28 des 142 nominations à la Cour suprême soumises par le président, soit près d'un candidat sur cinq[66]. On présume qu'un nom-

bre encore plus grand de candidatures ne sont même pas parvenues au Sénat, le président et ses conseilleurs craignant d'essuyer une rebuffade.

Bref, mise à part quelque attitude partisane au sein du Sénat, les exigences posées quant à la confirmation des nominations à la Cour suprême des États-Unis ont répondu, dans l'ensemble, aux attentes des pères fondateurs : elles ont carrément écarté des candidats non-qualifiés et assuré aux titulaires une large acceptation sur le plan politique. Si les audiences de confirmation ont parfois erré, c'est en entérinant par complaisance un choix présidentiel qui s'était porté sur un candidat peu compétent; or, un tel résultat est difficilement évitable lorsque le parti du président domine aussi le Sénat.

Muni d'un tel dispositif de filtrage, le Canada aurait fort bien pu éviter les abus de pouvoir, dûment consignés, qui ont marqué les nominations à la Cour suprême durant les 75 premières années d'existence de ce tribunal[67]. Pendant ce temps, quels avantages le Canada a-t-il tiré d'un système de nomination où, paternaliste, le pouvoir exécutif restait à l'abri de tout débat public ? Certes, la qualité des nominations s'est nettement améliorée au cours des quelque 20 dernières années. Mais regardons sans complaisance la situation. Aucun doute : certains titulaires se sont avérés faibles, et l'on a vu un nombre étonnant de juges de la Cour suprême prendre prématurément leur retraite pour des raisons indépendantes de leur état de santé[68]. Il est également permis de se demander si la qualité moyenne des titulaires aurait été rehaussée par la mise en place d'un processus indépendant, ou d'un processus de confirmation survenant après la décision gouvernementale. Quant au danger que nous feraient courir les innovations inspirées de l'étranger, on nous permettra de le considérer avec scepticisme. Le Canada n'a-t-il pas, au cours de son histoire relativement courte, emprunté aux États-Unis plusieurs concepts juridiques — y compris celui, non sans importance, d'une Charte des droits dûment constitutionnalisée !

Mais que penser du grief, formulé par le juge Cory, contre l'idée qu'un candidat à la Cour suprême dût être soumis à un interrogatoire public devant des parlementaires ? Cory craignait que ces derniers fussent enclins à mettre le candidat dans l'embarras ou à marquer des points sur le plan politique, plutôt qu'à engager un sérieux débat sur la signification de la Charte ou sur le rôle des juges comme gardiens des valeurs que celle-ci exprime. Le juge Cory estimait tout aussi injustes deux autres propositions avancées dans certains milieux : d'une part, celle qui consiste à attendre des candidats la justification de décisions qu'ils peuvent avoir rendues plusieurs années auparavant en tant que juges de tribunaux inférieurs; d'autre part, celle qui consiste à exiger d'eux des explications quant à leurs positions face aux controverses juridiques du moment ou quant aux décisions que, une fois nommés à la Cour suprême, ils rendraient sur ces questions.

Les critiques ont sans doute présentes à l'esprit les histoires d'horreur qui ont entouré la comparution d'un Robert H. Bork et d'un Clarence Thomas devant le Sénat des États-Unis. Mais c'est oublier deux éléments du problème : premièrement, l'interrogatoire public auquel on soumet les candidats est une innovation relativement récente dans le fonctionnement du comité sénatorial chargé des affaires judiciaires aux États-Unis[69]; et, deuxièmement, les cas Bork et Thomas comportaient eux-mêmes des données exceptionnelles[70]. Les candidats qui ont défilé depuis lors devant le même comité ont été approuvés sans difficulté et ne se sont plaints d'aucun traitement injuste. Certains candidats se sont réservé le droit de ne pas répondre aux questions portant sur la position qu'ils adopteraient face aux litiges susceptibles d'être soumis à la Cour suprême — et le comité accorde généralement ce droit[71]. On pourrait de la même façon, si on le juge utile ou nécessaire dans le contexte canadien, adopter des règles délimitant

le champ des questions qu'un éventuel comité parlementaire pourrait poser aux candidats.

Les expériences réalisées sur d'autres continents peuvent, elles aussi, nous apporter des enseignements utiles. Ainsi, la Commission des services judiciaires d'Afrique du Sud a montré que les audiences publiques peuvent être empreintes de décorum et que l'on peut compter sur la présidence pour éviter aux candidats certaines questions déplacées. Selon un observateur britannique perspicace : « À l'origine, on craignait que les candidats de valeur n'arrivent pas à s'imposer. Mais cette crainte ne semble pas s'être matérialisée[72]. » Toujours en Afrique du Sud, on pourrait citer les commentaires du vice-président de la Cour constitutionnelle après sa comparution devant la Commission :

> En tant que titulaire du siège que j'occupe aujourd'hui, j'avoue que j'aurais préféré n'avoir pas été interviewé du tout. Mais je me rends compte du caractère très correct de ces entrevues, de leur utilité et même de leur nécessité. Et je suis tout à fait favorable à la tenue d'audiences publiques[73].

On entend également, contre l'instauration au Canada d'un processus de confirmation faisant appel à des comités parlementaires, plusieurs autres arguments qu'il convient de noter. Selon l'un d'eux, le Sénat ne saurait apporter à de telles audiences la composante fédérale, puisque ses membres ne parlent pas au nom des provinces. Selon un autre argument, le Sénat ne comblerait en rien le déficit démocratique dont souffre actuellement le processus de nomination des juges à la Cour suprême, les sénateurs n'étant pas élus eux-mêmes. À première vue, ces deux arguments semblent militer contre l'attribution au Sénat de quelque rôle dans ce processus. Toutefois, le Sénat étant partie intégrante du Parlement, il serait anormal de lui refuser toute participation à la procédure de confirmation des juges concernés, alors même qu'il garde un rôle actif dans l'adoption des lois. Il y a donc lieu de chercher un compromis qui accorderait au Sénat *une certaine* représentation au sein d'un comité de confirmation (jusqu'à la moitié du nombre des membres, par exemple) — sans attendre qu'on se soit mis d'accord sur la réforme du Sénat, depuis longtemps attendue.

D'autres problèmes surgiront, cette fois du côté de la Chambre des communes. Comment un comité de confirmation formé à même cette dernière peut-il s'affranchir du clivage des partis ? Les députés sont élus, bien sûr, mais tenus de suivre la discipline de leur parti. Dans le cas d'un gouvernement majoritaire, cela signifie que le vote d'approbation du comité serait acquis d'avance[74] — à moins que le gouvernement n'acceptât de laisser ses représentants voter à leur guise. La même difficulté se poserait si l'ensemble de la Chambre des communes était appelé à entériner la recommandation du comité quant au candidat choisi par le gouvernement pour pourvoir un siège de la Cour suprême.

Pour surmonter ces obstacles, on pourrait exiger un vote à la majorité renforcée : soit au comité de confirmation, soit à la Chambre des communes, soit aux deux à la fois[75]. Prenons le tableau 1, basé sur les résultats des sept élections parlementaires tenues au fédéral de 1972 à 1997. On y voit que, dans six des sept parlements ainsi constitués, un scrutin à la majorité des deux tiers aurait donné aux partis de l'opposition un poids considérable dans un vote de confirmation.

Néanmoins, l'exigence d'une majorité renforcée va à l'encontre de notre tradition parlementaire. Du reste une telle mesure, même adoptée librement par l'administration actuelle, ne lierait pas les gouvernements subséquents à moins d'être dûment enchâssée dans la Constitution.

Pour la Cour suprême : comité de mise en candidature ? procédure de confirmation ? ou les deux ?

Si l'on conclut à l'impossibilité de confier au Parlement une procédure de confirmation indépendante sans d'abord obtenir un amendement à la Constitution (hypothèse que nous envisagerons plus loin), il faudra alors se tourner vers la création d'un comité distinct chargé des mises en candidature, comme celui que nous avons décrit plus haut. Ce serait la meilleure façon d'élargir la participation au choix des futurs juges de la Cour suprême. La question reste alors de savoir s'il est désirable *d'ajouter* ce système de mise en candidature au système de confirmation par le Parlement.

De prime abord, la réponse serait négative. Car le comité de mise en candidature, représentant un large éventail de circonscriptions, n'aurait aucun intérêt ni aucune occasion de proposer des noms clairement associés à des partis. Ainsi serait atteint l'un des objectifs fondamentaux du processus de nomination : éviter les abus de l'exécutif dans son pouvoir de nomination. Le gouvernement, il est vrai, ferait encore son choix final à partir de la brève liste que lui aurait présentée le comité, mais sa marge de manœuvre serait singulièrement circonscrite. On peut également présumer que les candidats inscrits sur la courte liste du comité seraient hautement qualifiés sur le plan professionnel et répondraient à toutes les exigences fondamentales de la Cour suprême.

Quoi qu'il en soit, cette médaille présente un revers. J'ai soutenu, plus haut, que la participation du Parlement à la nomination des juges de la Cour suprême n'a pas pour seul objectif de freiner les abus de l'exécutif. Elle vise également une fonction plus élevée : encourager les députés à s'intéresser de plus près au travail de la Cour et à mieux saisir l'interaction du législatif et du judiciaire dans notre régime constitutionnel. On peut également supputer l'hypothèse, peu vraisemblable, où le comité parlementaire serait appelé à approuver la nomination d'un candidat qui, malgré tous ses mérites professionnels, infléchirait de façon indue l'équilibre idéologique entre les membres de la Cour.

De toute façon, on peut s'attendre à une résistance farouche, de la part du gouvernement fédéral, contre la mise en place de deux mécanismes de contrôle par-dessus ses propres pouvoirs de nomination. Forcé de choisir entre un comité de mise en candidature et une procédure parlementaire de confirmation, il optera évidemment pour la seconde. Il se déclarera sans doute tout aussi apte qu'un comité à repérer des candidats hautement qualifiés; et il fera valoir que, contrairement à un comité, il répond lui-même de ses actes devant l'électorat. Le gouvernement, enfin, pourrait trouver inacceptable que, dans une

Tableau 1: Résultats des élections fédérales — 1972-1997

Année de l'élection	Parti formant le gouvernement	Nombre total des sièges	Nombre de sièges du gouvernement	Nombre de sièges nécessaires pour une majorité des 2/3	Majorité des 2/3 pour le gouvernement ?
1972	Libéraux	264	109	176	Non
1974	Libéraux	264	141	176	Non
1979	PC	282	136	188	Non
1980	Libéraux	282	146	188	Non
1984	PC	282	211	188	Oui
1988	PC	295	169	197	Non
1993	Libéraux	295	177	197	Non
1997	Libéraux	301	155	197	Non

société démocratique, son rôle soit réduit à celui de messager entre le comité et le Parlement. Malgré la faiblesse de telles allégations, il faut bien reconnaître que l'histoire et la Constitution ont conféré au gouvernement central un rôle clé dans la nomination des juges fédéraux de tous niveaux. Dès lors, la question est de savoir non pas si le gouvernement fédéral doit y jouer un rôle, mais quelle est *l'étendue* de celui-ci. Or, ma préférence va à un processus de confirmation parlementaire ouvert. Si donc on m'offrait le choix entre cette solution et la formation d'un comité non-élu de mise en candidature, je laisserais au gouvernement la prérogative, qui est sienne par tradition, de dresser lui-même la liste des candidats à soumettre au comité parlementaire. La mise en place d'un mécanisme de confirmation reste la plus importante des deux réformes. Elle est d'ailleurs fidèle à la méthode adoptée dans les discussions qui ont entouré, au long des trois dernières décennies, le problème de la constitutionnalisation de la Cour suprême.

La question constitutionnelle

Comme la plupart des observateurs qui étudient les changements à apporter au mode de nomination des juges de la Cour suprême, j'ai jusqu'ici présumé l'absence de tout obstacle d'ordre constitutionnel. Malheureusement, la question n'est pas simple et requiert quelque examen.

Nous avons vu tout à l'heure que la Constitution ne fait pas état de la Cour suprême. Ce tribunal doit plutôt son existence à une loi ordinaire du Parlement, adoptée en vertu de l'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, où il est écrit que « le Parlement du Canada pourra [...], lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada ». La Loi sur la Cour suprême confie au gouverneur général en conseil le pouvoir de nommer les membres de cette Cour. Toutefois, et comme il ne s'agit que d'une promulgation ordinaire, un premier examen ne signale, en vue de la nomination des juges, aucun obstacle à l'instauration de méthodes nouvelles et plus démocratiques, dans le genre de celles que nous étudions ici[26].

Les difficultés surviennent à cause des changements apportés par la Loi constitutionnelle de 1982. L'article 41 de cette dernière exige le consentement du Parlement fédéral et de l'assemblée législative de chaque province, pour cinq catégories d'amendements — y compris, selon l'alinéa 41(d), « la composition de la Cour suprême du Canada ». De plus, selon l'article 42 « la Cour suprême du Canada » figure parmi les six catégories d'amendement soumises à une procédure de ratification moins exigeante : accord du Parlement fédéral et accord des deux tiers des provinces, représentant 50 p. 100 de la population. Mais l'alinéa 42 s'applique « sous réserve de l'alinéa 41(d) ». Toute modification du statut de la Cour suprême se heurte à une difficulté considérable : quelle est exactement la relation entre les articles 42 et 41 ?

Les juristes ne sont pas unanimes sur le sens à donner à ces dispositions. Certains d'entre eux, comme le professeur Cheffins et feu le professeur Lederman[27], croient que les articles 41 et 42 ont une certaine signification et que l'on ne peut les passer sous silence. D'autres juristes, comme Peter Hogg et Peter Russell[28], nient à ces articles 41 et 42 toute portée quant à la Cour suprême, puisqu'il y s'agirait seulement de modification de « la Constitution du Canada ». En effet, l'énumération des documents compris dans l'expression « Constitution du Canada » figure à l'alinéa 52(2) de la Loi constitutionnelle de 1982 et ne fait aucune mention de la Cour suprême. Par-delà leurs divergences sur l'interprétation des articles 41 et 42, les juristes s'accordent à reconnaître que ces références à la Cour suprême ont créé « une confusion intolérable »[29]. On souhaiterait normalement un renvoi à cette

Cour, pour clarifier le sens des dispositions citées. Mais la difficulté vient de ce que le jugement des membres de la Cour suprême serait probablement influencé par les opinions qu'ils ont déjà exprimées pour ou contre la nécessité de modifier le système actuel de nomination à la Cour.

Toutefois, et sans attendre l'aboutissement d'un tel renvoi, le gouvernement fédéral a toute la latitude voulue pour mettre en œuvre l'une des modifications proposées dans le présent article : la création d'un comité des candidatures en vue des nominations à la Cour suprême. Il existe déjà, nous l'avons noté, des comités consultatifs chargés de filtrer les candidatures aux autres cours fédérales et aux cours supérieures provinciales. Or, personne n'a jamais insinué que leur existence battit en brèche la responsabilité que l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 confère au gouvernement fédéral dans la nomination des juges de ces tribunaux. La seule question restée sans réponse est celle de savoir si le gouvernement fédéral peut, selon la Constitution, s'en tenir, dans son choix, à une brève liste préparée par un comité de mise en candidature. C'est la formule que nous recommandons ici, tout en sachant qu'elle empiète substantiellement sur les responsabilités du fédéral en matière de nominations.

Résumons-nous. La réforme la plus souhaitable reste l'établissement d'une procédure de confirmation au sein du Parlement. À défaut d'une telle réforme et compte tenu des incertitudes qui pèsent sur toute modification du statut de la Cour suprême, la création d'un comité consultatif serait une mesure plus pratique et plus facilement accessible.

Conclusion

Au sujet des futures nominations à la Cour suprême du Canada, deux questions principales se posent. La première est de savoir si l'on est satisfait du système actuel qui, pour la nomination des juges du plus haut tribunal, laisse à l'exécutif toute discrétion et ne lui demande aucun compte, bien que ces juges soient les ultimes arbitres de la Constitution du pays et qu'ils exercent collectivement un pouvoir aussi grand que celui du Cabinet fédéral. Si l'on répond non à cette question, une deuxième question se pose : quels changements souhaite-t-on pour donner transparence et imputabilité au processus de sélection et pour assurer que seuls seront nommés les candidats les mieux qualifiés ?

On peut de bonne foi apporter des réponses divergentes à la seconde question, mais la réponse à la première laisse peu de place au doute. Au cours des 15 dernières années, la majorité des juristes ainsi que la plupart des études commandées par des organismes publics ont été unanimes dans leurs conclusions : le régime actuel de nomination est incompatible avec une Constitution fédérale de type démocratique, régie par la primauté du droit et intégrant une Charte qui compte parmi les plus libérales de l'hémisphère occidental. Ce qui est inquiétant, c'est qu'aucun de ces arguments, pourtant très rationnels, ne semble avoir poussé à l'action les gouvernements qui se sont succédés à Ottawa. Leurs porte-parole continuent de nier quelque besoin de changement, tout en assurant que le gouvernement fédéral a fait et fait encore un travail irréprochable. Dans ces circonstances, il reste à formuler deux souhaits. Le premier est que déferle au sein des principaux partis politiques une vague d'opinion favorable au changement[20]. Le second est que d'autres membres de la Cour suprême se joignent au juge La Forest[21] pour reconnaître l'anomalie de devoir leur nomination au favoritisme, secret et jamais débattu publiquement, d'un ou plusieurs ministres qui n'ont de comptes à rendre à personne.

Notes

• Je remercie David Bronskill, LL.B.II, Université de Toronto, et Sarit Shmulevitz, LL.B.III, Université de Toronto, pour l'aide qu'ils m'ont apportée dans mes recherches. Je suis particulièrement reconnaissant envers mon collègue et ami, Peter H. Russell, pour ses conseils et ses observations judicieuses dans la préparation du présent article. Je n'en demeure pas moins seul responsable des opinions exprimées ici. Certaines données sont tirées d'un article que j'ai précédemment consacré à la Cour suprême du Canada : « Appointments to the Supreme Court of Canada », *Constitutional Forum*, vol. 5, n° 1 (automne 1994), p. 10.

1 Quant aux critiques venues de l'extérieur de l'Alberta, on en trouvera des exemples dans « 'Godzilla' Judges Overpowering cabinets : Crosbie », *Bar and Bench Daily News Digest*, 27 août 1998. L'auteur fait référence à une « critique acerbe » que John Crosbie, ancien ministre de la Justice, avait exprimée sur de récents jugements de la Cour suprême du Canada, dans une allocution prononcée devant l'assemblée annuelle de l'Association du Barreau canadien à Saint-Jean, Terre-Neuve. Au cours de la même assemblée, la ministre actuelle de la Justice, Anne McLellan, avait répliqué vigoureusement aux propos de Crosbie.

2 *Vriend c. Alberta* [1998] 1 R.C.S. 493.

3 Voir Brian Laghi, « Debates on Gay Rights Polarizes Albertans », *Globe and Mail*, 2 avril 1998, p. A5 (tel que cité dans *Bar and Bench Daily News Digest*, vol. VIII, n° 64).

4 *R. c. Ewanchuk* (1999) 169 D.L.R. (4e) 193 (C.S.C.).

5 Voir le texte de la lettre du juge McClung, dans *The National Post*, 27 février 1999, p. A2. Voir aussi Barbara Amiel, « Feminists, Fascists, and Other Radicals », *The National Post*, 6 mars 1999, p. B7. La juge Beverley McLachlin, dans une allocution prononcée devant des étudiants en droit de l'Université d'Ottawa, a tenu des propos qui lui font honneur. Elle voit une « saine démarche » dans le débat sur le rôle et le fonctionnement des cours canadiennes — débat qu'elle encourage fortement, tout en souhaitant qu'il ne dégénère pas en attaques personnelles contre la magistrature. Voir Erin Anderssen, « Debates on Courts Healthy : Judge », *The Globe and Mail*, 27 mars 1999, p. A5.

6 Voir, par exemple, l'éditorial du *Globe and Mail* du 5 mars 1999, p. A14. Le Parti réformiste a également adopté une déclaration de principe demandant que, pour tous les postes de juges actuellement pourvus par le fédéral — y compris ceux de la Cour suprême — les candidatures soient préalablement présentées par les gouvernements provinciaux, puis ratifiées par un Sénat qui répondrait à la règle du « triple 'E' ». *Voir http://www.reform.ca/bluebook/justice.htm*. Voir aussi Preston Manning, « Parliament, not Judges, Must Make the Laws of the Land », *The Globe and Mail*, 16 juin 1998, p.A23; « A Supreme Challenge for Reformers », *The Globe and Mail*, éditorial, 17 juin 1998, p. A24; Peter H. Russell, « Reform's Judicial Agenda », *Policy Options*, vol. 20, n° 3 (avril 1999); et E. Preston Manning, « A 'B' for Prof. Russell », *Options politiques*, vol. 20, n° 3 (avril 1999), p. 15.

7 *Hill Times*, 2 septembre 1998.

8 Kirk Makin, « Top-Court Judge Defends Bench », *The Globe and Mail*, 3 mars 1999, p. A5.

9 Erin Anderssen, " Top-Court Judge Rejects Proposal to Quiz Nominees ", *The Globe and Mail*, 25 mars 1999, p. A8.

10 Kirk Makin, « Lamer Blasts Unseemly Lobbying for Positions on Supreme Court », *The Globe and Mail*, 5 février 1999, p. A2.

11 Sur les questions constitutionnelles, voir p. 20.

12 A. Wayne MacKay et Richard W. Bauman, « The Supreme Court of Canada : Reform Implications for an Emerging National Institution », dans Clare F. Beckton et A. Wayne MacKay (sous la direction), *The Courts and the Charter, Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, vol. 58, p. 37.

13 Parmi les points de droit privé que la Cour suprême entend réviser, on peut prendre comme exemples : (a) l'adoption de la fiducie induite des faits, comme dispositif discrétionnaire de redressement; (b) l'élargissement des devoirs fiduciaires, ainsi que des recours disponibles en cas de violation de ceux-ci; (c) l'admissibilité des recours en dommages-intérêts punitifs, en cas de bris de contrat; (d) en cas de conflit entre lois, le désaveu de précédents trop anciens et la recherche de règles plus « modernes », incluant la définition d'une doctrine de la « pleine foi » implicite et son enchâssement dans la Constitution canadienne, pour imposer aux tribunaux des provinces sœurs la reconnaissance et l'application des jugements.

14 Voir, par exemple, les propos du juge Cory rapportés dans Anderssen, « Top-Court Judge Rejects Proposal to Quiz Nominees ».

15 Paul A. Freund, « Appointment of Justices : Some Historical Perspectives », *Harvard Law Review*, vol. 101, n° 6 (avril 1988), p. 1146, 1153.

16 En fait — et malgré les dénégations du juge Cory - cela est presque universellement admis au Canada et reconnu par les clercs de la Cour suprême eux-mêmes. Voir Lorne Sossin, « The Sounds of Silence : Law Clerks, Policy Making and the Supreme Court of Canada », *University of British Columbia Law Review*, vol. 30, n° 2 (1996), p. 279-282, 307. D'après Sossin, c'est sur la culture de la Cour suprême comme institution décisionnelle que les clercs de cette Cour ont eu le plus d'influence.

17 Article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867.

18 Voir la Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, tel que modifié.

19 On avait déjà aboli en 1933 les appels en matières criminelles.

20 Dans le domaine constitutionnel, 77 des 159 appels provenant du Canada et adressés au Conseil privé avaient été présentés directement à celui-ci. Voir Peter H. Russell, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987, p. 336.

21 Russell, *The Judiciary in Canada*, p. 337.

22 Au sujet des divers rôles qu'exercent les clercs, voir Sossin, « The Sounds of Silence ».

23 Il ne fait aucun doute que les clercs assistent les juges dans la rédaction des jugements (voir Sossin, « The Sounds of Silence », p. 296-298). Toutefois, d'après ce que j'en sais et qui me vient de discussions avec d'anciens

clercs, on ne s'entend pas sur l'importance de ce rôle. Sossin soutient que les décisions de principe de la Cour suprême sont typiquement le fruit d'un processus où interviennent de nombreux acteurs et insiste sur le fait qu' « *aucun clerc n'a jamais considéré que la décision fût la sienne* » (voir Sossin, « The Sounds of Silence », p. 297-298; l'original est en italique). Au sujet de l'influence que les clercs de la Cour suprême des États-Unis exercent dans la préparation des jugements de cette dernière, on peut lire des propos qui vont beaucoup plus loin. Voir Tony Mauro, « The Hidden Power Behind the Supreme Court : Justices Give Pivotal Role to Novice Lawyers », *USA Today*, 13 mars 1998 (dans une critique de *Closed Chambers* d'Edward Lazarus, paru en 1998).

24 Loi sur la Cour suprême, articles 4-6.

25 Certains observateurs font état d'un consensus implicite voulant que la Colombie-Britannique ait droit à son propre représentant. Pour ma part, je ne prends position ni pour ni contre cette opinion.

26 *Report of the Canadian Bar Association on the Appointment of Judges in Canada*, Ottawa, Canadian Bar Foundation, 1985, p. 11.

27 Peter H. Russell et Jacob S. Ziegel, « Federal Judicial Appointments : An Appraisal of the First Mulroney Government's Appointments and the New Judicial Advisory Committees », *University of Toronto Law Journal*, vol. 41, n° 1 (hiver 1991), p. 4.

28 Allan Rock, alors qu'il était ministre de la Justice, s'était engagé à ne nommer que des personnes « hautement recommandées », sauf dans les cas liés à une politique de « discrimination positive ». Selon le projet initial, on demandait aux comités consultatifs d'indiquer, pour chaque candidat, si celui-ci était « qualifié » ou « non qualifié ». En 1991, on adopta un éventail de trois cotes : « recommandé », « hautement recommandé » ou « non recommandé ».

29 Dans le présent article, j'utilise indifféremment et dans leur sens non-technique les expressions suivantes : commission de mise en candidature des juges, commission de nomination des juges, comités consultatifs pour les nominations à la magistrature, et autres expressions du même genre.

30 Voir Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 6e éd., Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 294-295. La Chambre basse confie la sélection à un comité spécial de 12 électeurs, établi sur la base de la représentation proportionnelle au sein du Bundestag. Chacune des Chambres doit dégager une majorité des deux tiers pour l'élection des juges.

31 Carl Baar, « Comparative Perspectives on Judicial Selection Processes », dans *Appointing Judges : Philosophy, Politics and Practice*, Toronto, Ontario Law Reform Commission, 1991, p. 143, 152.

32 Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2e éd., Durham, NC, Duke University Press, 1997, particulièrement p. 3-4.

33 Voir H.C. Kruger, « Selecting Judges for the New European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, vol. 17, nos 11-12 (décembre 1996), p. 401.

34 Voir Abraham, *The Judicial Process*, p. 35-38. L'appellation est trompeuse, puisque l'on distingue deux principaux types de régimes — dont le second fut instauré en Californie en 1934. On relève aussi de grandes différences entre les régimes adoptés par plusieurs États.

35 Les juges sont généralement réélus. Mais cette réélection ne va pas nécessairement de soi lorsque certaines politiques judiciaires ont soulevé la controverse et irrité l'électorat. C'est ainsi que, en 1986, les électeurs de la Californie refusèrent par une nette majorité de maintenir en poste le juge en chef Bird et deux de ses collègues de la Cour suprême de cet État. Voir Abraham, *The Judicial Process*, p. 36.

36 Parmi les juristes canadiens, toutefois, il en est au moins un qui voue une grande admiration au système mis sur pied en Allemagne pour le choix des membres de la Cour constitutionnelle; il y voit la combinaison des meilleurs éléments d'un système fondé sur le mérite et sur l'imputabilité démocratique. Voir David M. Beatty, *Talking Heads and the Supremes*, Toronto, Carswell, 1990, p 10, 265-266.

37 La situation s'est améliorée depuis lors, grâce aux changements apportés par l'ancien grand chancelier, lord Mackay, au cours du dernier mandat de Margaret Thatcher. Désormais, les procureurs spécialisés dans les litiges sont autorisés à plaider devant la Haute Cour (selon des règles rigoureusement établies), et les procureurs peuvent être nommés à des tribunaux inférieurs.

38 Robert Stevens, *The Independence of the Judiciary : The View from the Lord Chancellor's Office*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

39 Le gouvernement Blair s'est engagé à confier aux tribunaux britanniques un pouvoir limité pour faire juger incompatibles avec la Convention certaines lois du pays et certains décrets de l'Administration; mais on laisserait à un comité spécial du Parlement le pouvoir de mettre à exécution de tels jugements.

40 Kate Malleson, « Assessing the Strengths and Weaknesses of a Judicial Appointments Commission », *Amicus Curia*, mai 1998, p. 13.

41 On trouvera plus de détails dans Russell et Ziegel, « Federal Judicial Appointments », p. 26-33.

42 Martin Friedland, *A Place Apart : Judicial Independence and Accountability in Canada, A Report for the Judicial Council of Canada*, Ottawa, Canadian Judicial Council, 1995, p. 255-258.

43 En mai 1998, un comité albertain recommandait aussi la création d'un comité de mise en candidature du même genre que celui de l'Ontario. Voir : Alberta, *Judicial Selection Process Review Committee, Report and Recommendations*, Edmonton, Alberta Justice Communications, mai 1998.

44 Ces comités déposèrent leurs rapports respectifs en 1985 : l'un à la fin du printemps, l'autre à l'été. Malgré la frappante ressemblance entre leurs recommandations respectives, ces comités n'avaient pas la même structure et travaillaient presque indépendamment l'un de l'autre. L'auteur du présent article était membre fondateur du comité formé par l'Association des professeurs de droit et devint par la suite son président.

45 On trouvera plus de détails dans Christopher Kendall, « Criticism and Reform : A Survey of Canadian Literature on the Appointment of Judges in Ontario Law Reform Commission », dans *Appointing Judges : Philosophy, Politics and Practice*, p. 211.

46 Friedland, *A Place Apart*, p. 256-257.

47 Lorsque, en 1995, le professeur Russell et l'auteur du présent article discutèrent de cette question par téléphone avec Allan Rock, alors ministre de la Justice, ce dernier déclara tout net qu'il n'envisageait aucun changement dans le système de nomination des juges. Voir aussi Friedland, *A Place Apart*, p. 241.

48 Aux États-Unis, les présidents Nixon, Reagan et Bush menaient tous trois une politique de droite. Tous trois tenaient donc à nommer, à la Cour suprême et dans les tribunaux fédéraux inférieurs, des juges qui partageaient leur philosophie politique et sur qui l'on pouvait compter pour tourner le dos à l'héritage Warren des années 1960 et 1970. C'est en vertu de cette attitude que chaque président fit nommer ses propres candidats à la Cour suprême : Clement F. Haynsworth fils et G. Harold Carswell dans le cas de Nixon; Robert Bork dans le cas de Reagan; et Clarence Thomas dans le cas de Bush.

Comme on sait, les trois premiers candidats furent rejetés par le Sénat, et le quatrième, Clarence Thomas, n'obtint la confirmation que par une mince majorité et après de longues et pénibles audiences publiques. Voir Henry J. Abraham, *Justices and Presidents : A Political History of Appointments to the Supreme Court*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 14-18 et 356-359. Il importe cependant de noter que les nominations partisanes reflétant la philosophie politique et les préférences personnelles du président en place ne sont pas l'apanage des présidents de droite; on en est plutôt venu à y voir une prérogative du président des États-Unis. Franklin D. Roosevelt, par exemple, était tout aussi porté à nommer — ce qu'il fit d'ailleurs — des juges favorables aux réformes qu'appelait son « New Deal ». Par la suite, d'autres présidents démocrates en firent autant : voir Abraham, *Justices and Presidents*, chap. 9 et 13. Aux États-Unis, on ne se formalise pas de ce que le président fasse nommer des candidats dont la philosophie politique correspond à la sienne; mais on en a contre l'utilisation qu'il fait de son influence pour nommer des candidats non qualifiés ou peu qualifiés, ou dont la philosophie constitutionnelle est à contre-courant des idées dominantes. Au Canada, on a porté jusqu'ici peu d'attention à cet aspect des pouvoirs que le gouvernement fédéral exerce en matière de nomination.

49 Voir la Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1996, articles 173-176; et la loi sur la Commission des services judiciaires d'Afrique du Sud, 1994. Voir aussi Kate Malleson, « Assessing the Performance of the Judicial Service Commission », *South African Law Journal*, vol. 116, n° 1 (mars 1999), p. 36. (Je suis reconnaissant à la Dre Malleson, qui m'a communiqué copie de son article ainsi que d'autres renseignements fort utiles.)

50 Lorraine E. Weinrib, « Appointing Judges to the Supreme Court of Canada in the Charter Era : A Study in Institutional Function and Design », dans *Appointing Judges : Philosophy, Politics and Practice*, p. 136-137.

51 Friedland, *A Place Apart*, p. 256.

52 De leur côté, les professeurs MacKay et Bauman préfèrent un comité de 13 membres. (*The Supreme Court of Canada*, p. 80).

53 Ziegel, « Appointments to the Supreme Court of Canada », p. 12.

54 Il est encore plus difficile, à mon avis, de justifier la suggestion du Parti réformiste, rapportée plus haut et qui réserve aux seules provinces le droit de présenter des candidats à la Cour suprême; et je partage là-dessus la position du professeur Russell. La déclaration de principe laconique du Parti réformiste n'explique en rien comment les 10 provinces et les gouvernements des territoires arriveraient à exercer leurs pouvoirs sans créer un cauchemar logistique. Théoriquement, les provinces et les gouvernements territoriaux pourraient déléguer ce pouvoir à un comité permanent, chargé des candidatures aux postes de la Cour suprême; mais on voit mal que ces gouvernements acceptent une telle proposition. À cela s'ajoutent d'autres difficultés : d'une part, la *Loi sur la Cour suprême* reconnaît au Québec le droit statutaire à trois juges; d'autre part, une tradition solidement établie accorde trois juges à l'Ontario et un à chacune des autres régions.

La proposition du Parti réformiste soulève, quant au fond, un problème encore plus grave par le déficit démocratique qu'elle présente — à moins que chaque province ne crée des sous-comités de mise en candidature pour représenter ses diverses circonscriptions (ce qui entraînerait à son tour de nouveaux problèmes). La proposition du Parti réformiste semble compter sur un Sénat dit « triple 'E' » pour assurer le caractère démocratique du processus de confirmation. Mais cet élément est troublant sur deux points : premièrement, rien ne permet d'envisager, pour l'avenir prévisible, une modification constitutionnelle qui ferait du Sénat un corps élu; et, deuxièmement, la mise en œuvre d'un tel changement rendrait inutile un comité de mise en candidature formé uniquement de représentants des provinces, car le Sénat ainsi réformé refléterait censément les positions et les intérêts de ces dernières.

Tout bien pesé, donc, je crois de beaucoup préférable à la proposition du Parti réformiste le processus de mise en candidature que recommandent l'Association des professeurs de droit et l'Association du Barreau canadien.

Par ailleurs, MacKay et Bauman recommandent que tous les membres du comité des candidatures soient agréés par le gouvernement fédéral et par au moins quatre provinces. Cette exigence, même si elle soulève moins d'objections que la proposition du Parti réformiste, pourrait compliquer indûment la formation du comité en question et pourrait conduire à une impasse si les deux niveaux de gouvernement ne parvenaient pas à s'entendre. Voir MacKay et Bauman, *The Supreme Court of Canada*, p. 81.

55 Voir pages 20 et 21.

56 Ian Greene, Carl Baar, Peter McCormick, George Szablowski et Martin Thomas, *Final Appeal : Decision-Making in Canadian Courts of Appeal*, Toronto, Lorimer, 1998, p. 103. Parmi les juges de la Cour suprême qui ont répondu à la question, quatre voyaient d'abord dans le juge en chef un administrateur dont la tâche consiste à établir le rôle, à définir la composition des jurys et à régler les questions budgétaires. Deux des juges considéraient l'aspect cérémonial du poste comme une caractéristique importante. Un seul voyait le juge en chef comme le dirigeant intellectuel de la Cour; un autre voyait en lui le principal porte-parole de l'ensemble des juges canadiens.

57 Friedland, *A Place Apart*, p. 229-231.

58 Logiquement, cette fonction pourrait être dévolue au commissaire aux affaires judiciaires, qui a rang de sous-ministre.

59 Il va sans dire que l'expression « sens de la collégialité », utilisée dans le texte, ne signifie pas conformité intellectuelle. Par ailleurs, une personnalité forte et indépen-

dante peut très bien s'accompagner de courtoisie à l'égard des autres membres de la Cour et d'une parfaite collaboration avec ceux-ci.

60 Aucun des membres de la Cour suprême qui ont répondu aux questions de Greene ne s'est senti habilité à commenter les facteurs qui interviennent actuellement dans la nomination des membres de ce tribunal. De l'avis des membres, cependant, les facteurs qui devraient entrer en ligne de compte sont le sens de l'équité et un bon jugement (2 répondants); une capacité manifeste en matière de droit (2 répondants); une représentativité par rapport à la société canadienne en général (2 répondants); des aptitudes aux relations interpersonnelles (1 répondant); et de bonnes habitudes de travail (1 répondant). Voir Greene et coll., *Final Appeal*.

Sous plusieurs aspects importants, les qualités énumérées dans le texte et mentionnées par les juges de la Cour suprême du Canada diffèrent de celles privilégiées par un éminent observateur de la Cour suprême des États-Unis. Selon lui, les candidats à ces postes doivent faire preuve, à tout le moins, des qualités suivantes : « (1) un penchant manifeste pour le rôle de magistrat; (2) une expertise professionnelle et une forte compétence; (3) une intégrité totale, tant personnelle que professionnelle; (4) un esprit pénétrant, alerte et lucide; (5) une bonne expérience du métier ou une solide formation; (6) l'habileté à formuler clairement sa pensée, oralement et surtout par écrit. » Voir Abraham, *Justices and Presidents*, p. 4.

61 Frankfurter, « The Supreme Court in the Mirror of Justice », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, n° 6 (1957), p. 781 (tel que cité dans Abraham, *Justices and Presidents*).

62 Friedland, *A Place Apart*.

63 *Hill Times*, 2 septembre 1998; Makin, « Top-Court Judge Defends Bench »; Anderssen, « Top-Court Judge Rejects Proposal to Quiz Nominees ».

64 Telle est, pour l'essentiel, la position du juge Iacobucci (voir Anderssen, « Top-Court Judge Rejects Proposal to Quiz Nominees »). On retrouve cette idée aussi à la fin d'une citation ultérieure, attribuée à la ministre de la Justice, Anne McLellan : « Je pense que la façon dont nous nommons les juges de la Cour suprême du Canada a très bien servi le pays. Je suis très satisfaite. » Voir Janice Tibbets, « PM Shows Little Interest in New Supreme Court Process », *The National Post*, 3 mai 1999, p. A7.

65 Charles L. Black, « A Note on Senatorial Consideration of Supreme Court Nominees », *Yale Law Journal*, vol. 79 (1970), p. 657; Abraham, *Justices and Presidents*, p. 24-25.

66 Abraham, *Justices and Presidents*, p. 39.

67 Selon Russell, « Les premiers ministres et les ministres de la Justice, dans le processus de nomination, étaient soumis à de fortes pressions de la part de leurs amis politiques, tant provinciaux que fédéraux. » Voir Russell, *The Judiciary in Canada*, p. 337.

68 Bien sûr, je ne veux pas laisser entendre qu'un juge ait tort de prendre sa retraite 10 ou 15 ans après sa nomination et avant d'atteindre l'âge prescrit de 75 ans. Il y a cependant lieu de s'inquiéter quand un juge de la Cour suprême décide de se retirer avant 10 ans de service ou avant d'avoir atteint l'âge de 65 ans. L'objet du présent article n'est pas de trancher l'importante question de savoir si toutes les nominations à la Cour suprême devraient comporter une limite de durée (comme cela se fait à la Cour constitutionnelle d'Allemagne et dans divers tribunaux internationaux). Quoi qu'il en soit, l'application de cette mesure, même s'il existait un net consensus en sa faveur, exigerait un amendement à la Constitution canadienne.

69 L'interrogation des candidats ne fut instituée qu'en 1939, avec les audiences qui précédèrent la confirmation de Felix Frankfurter. Voir Freund, « Appointment of Justices : Some Historical Perspectives », p. 1153.

70 Sur la nomination de Bork, on peut lire deux opinions contradictoires : d'une part Nina Totenberg, « The Confirmation Process and the Public : To Know or Not to Know », *Harvard Law Review*, vol. 101, n° 6 (avril 1988), p. 1227; d'autre part Patrick B. McGuigan et Dawn M. Weyrich, *Ninth Justice : the Fight for Bork*, Durham, MD, Free Congress Research and Education Foundation, 1990. Lire aussi le compte rendu de Bork lui-même : Robert Bork, *The Tempting of America : The Political Seduction of the Law*, Londres, Collier Macmillan, 1990. Selon le professeur Ross, « Les aspects les plus déplaisants des luttes qui ont entouré de récentes confirmations — en particulier les distorsions infligées au dossier de Robert Bork — étaient imputables à des individus et à des organismes plutôt qu'au processus de confirmation. Ce qu'il faut, plutôt qu'un processus plus fermé, c'est de la retenue et, peut-être, remettre en question le rôle d'une Cour suprême devenue si puissante que les nominations qui y sont faites inspirent une telle préoccupation.« Voir William G. Ross, « The Supreme Court Appointment Process : A Search for a Synthesis », *Albany Law Review*, vol. 57 (été 1994), p. 993 et 998-999.

Il convient de noter que l'enthousiasme des observateurs états-uniens n'est pas unanime face à l'évolution récente du processus de confirmation confié au Sénat. En particulier, le « Twentieth Century Task Force » s'inquiétait en 1988 de la politisation des audiences, et une majorité de ses membres se disaient en faveur d'un retour aux interrogatoires privés. Voir *Judicial Roulette : Report of the Twentieth Century Fund Task Force on Judicial Selection*, New York, Priority Press Publications, 1988, p. 8, 10. Malgré cela, on observait de profondes dissensions autour des deux recommandations, et l'opinion publique semble aujourd'hui nettement favorable à la poursuite des audiences publiques et à l'interrogatoire public auquel on soumet les candidats. Voir Ross, « The Supreme Court Appointment Process ».

71 Par exemple, lors de sa comparution devant le Comité judiciaire du Sénat, la juge Bader Ginsburg, dans sa déclaration d'ouverture, exprima la réserve suivante : « Je me présente à cette audience pour y être jugée en tant que juge, et non pas en tant que défendeur. Parce que je suis juge et que je souhaite le demeurer, je serais mal venue de dire ou de prédire, devant cette Chambre, dans quel sens je voterais sur des questions dont la Cour suprême pourrait être saisie ». Voir Ross, « The Supreme Court Appointment Process », note 56.

72 Malleson, « Assessing the Performance of the Judicial Service Commission », p. 42.

73 Malleson, « Assessing the Performance of the Judicial Service Commission », p. 42.

74 On pourrait en dire autant d'un comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes qui serait appelé à confirmer la nomination des juges, alors que le gouverne-

ment détiendrait aussi la majorité au Sénat. Ces dernières années, cependant, le gouvernement a rarement joui d'une telle situation en début de règne; le plus souvent, il a dû laisser s'écouler quelques années avant de pouvoir nommer un nombre suffisant de sénateurs pour compter sur une majorité.

75 Je suis reconnaissant à mon collègue David Beatty de m'avoir fait cette suggestion.

76 De ce fait, la situation diffère grandement de celle que créaient les dispositions enchâssées dans l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867, où seul le gouverneur général avait autorité pour nommer « les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours des successions en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick ». Il existe une jurisprudence abondante pour nous aider à interpréter cet article 96; mais pas du tout, à ma connaissance, pour déterminer si le gouvernement fédéral peut, et jusqu'à quel point, déléguer ou diluer ses pouvoirs de nomination soit en créant des comités consultatifs ou des comités de mise en candidature soit en confiant au Parlement un rôle dans le processus de confirmation. Ces questions ont fait l'objet de discussions dans le contexte de l'Australie, où l'article 72(i) du Commonwealth Act conférait en exclusivité au gouvernement du Commonwealth les pouvoirs constitutionnels nécessaires pour nommer les membres de la Haute Cour d'Australie. Voir Tony Blackshield et George Williams, *Australian Constitutional Law and Theory : Commentary and Materials*, 2e éd., Sydney, The Federation Press, 1998, p. 465-469. Voir aussi J.A. Thompson, « Appointing Australian High Court Justices : Some Constitutional Conundrums », dans H.P. Lee et G. Winterton (dir.), *Australian Constitutional Perspectives*, Sydney, Law Book Co., 1992, p. 251 et 266-269.

77 Voir R.I. Cheffins, « The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula : Political and Legal Implications », *Supreme Court Law Review*, vol. 4 (1982), p. 42. Voir aussi W.R. Lederman, « Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada », *Cahiers de droit*, vol. 26, n° 1 (mars 1985), p. 195.

78 Russell, *The Judiciary in Canada*, p. 67-68. Voir aussi MacKay et Bauman, *The Supreme Court of Canada*, p. 49-50; ces derniers n'expriment pas d'opinion sur la solution à apporter à ce conflit.

79 Canadian Bar Association, Committee on the Supreme Court of Canada, *Report of the Canadian Bar Association Committee on the Supreme Court of Canada*, Ottawa, The Association, 1987, p. 14.

80 Cela se fait déjà à l'intérieur du Parti réformiste, comme on l'a vu plus haut. Voir note 6 et le passage du présent article auquel elle se réfère.

81 Voir note 7 et le passage du présent article auquel elle se réfère.

Président
Hugh Segal

Personnel de recherche de l'IRPP
Sarah Fortin
Paul Howe
France St-Hilaire (vice-présidente)
Carole Vincent

Directrice de l'administration
Suzanne Ostiguy McIntyre

Directeurs de la série
Peter Russell et Paul Howe

Assistant de recherche
Murray Mincoff

Production
Chantal Létourneau

Design
Schumacher Design

Impression
AGMV Marquis

IRPP
1470 rue Peel, bureau 200
Montréal, Québec H3A 1T1
Téléphone : 514-985-2461
Télécopieur : 514-985-2559
Courriel : irpp@irpp.org
Site web : www.irpp.org

Publications récentes de l'IRPP

Éducation :

Derek Hum et Wayne Simpson, *Maintaining a Competitive Workforce : Employee-Based Training in The Canadian Economy*
Thomas T. Schweitzer, *The State of Education in Canada*
Stephen B. Lawton, *Busting Bureaucracy to Reclaim our Schools*
Bruce Wilkinson, *Educational Choice : Necessary But Not Sufficient*
Peter Coleman, *Learning About Schools : What Parents Need to Know and How They Can Find Out*
Edwin G. West, *Ending the Squeeze on Universities*

Finances publiques :

Paul A.R. Hobson et France St-Hilaire, *Toward Sustainable Federalism : Reforming Federal-Provincial Fiscal Arrangements*

Gestion de l'État :

Guy Laforest et Roger Gibbins, *Beyond the Impasse : Toward Reconciliation*
Guy Laforest et Roger Gibbins, *Sortir de l'impasse : les voies de la réconciliation*
Peter Aucoin, *The New Public Management : Canada in Comparative Perspective*
F. Leslie Seidle, *Rethinking the Delivery of Public Services to Citizens*
Kirk Cameron et Graham White, *Northern Governments in Transition : Political and Constitutional Development in the Yukon, Nunavut and the Western Northwest Territories*
G. Bruce Doern, *The Road to Better Public Services : Progress and Constraints in Five Canadian Federal Agencies*
Donald G. Lenihan, Gordon Robertson et Roger Tassé, *Canada : Reclaiming the Middle Ground*
F. Leslie Seidle (dir.), *Seeking a New Canadian Partnership : Asymmetrical and Confederal Options*
F. Leslie Seidle (dir.), *Equity and Community : The Charter, Interest Advocacy and Representation*
F. Leslie Seidle, *Rethinking Government : Reform or Reinvention ?*

Politiques sociales :

Adil Sayeed (dir.), *Workfare : Does it Work ? Is it Fair ?*
Monique Jérôme-Forget, Joseph White et Joshua M. Wiener (dir.), *Health Care Reform Through Internal Markets : Experience and Proposals*
Ross Finnie, Child Support : *The Guideline Options*
Elisabeth B. Reynolds (dir.), *Income Security : Changing Needs, Changing Means*
Jean-Michel Cousineau, *La Pauvreté et l'État : pour un nouveau partage des compétences en matière de sécurité sociale*

Santé :

Monique Jérôme-Forget et Claude E. Forget (dir.), *Who is the Master ? A Blueprint for Canadian Health*
Monique Jérôme Forget et Claude E. Forget (dir.), *Qui est maître à bord ? projet de réforme du système de santé canadien*

Télécommunications :

W.T. Stanbury (dir.), *Perspectives on the New Economics and Regulation of Telecommunications*
Yves Rabeau, *Les télécommunications : problématique d'une industrie en évolution rapide*
Charles Sirois et Claude E. Forget, *The Medium and the Muse : Culture, Telecommunications and the Information Highway*
Charles Sirois et Claude E. Forget, *Le médium et les muses : la culture, les télécommunications et l'autoroute de l'information*

Villes-régions :

Tom Hutton, *The Transformation of Canada's Pacific Metropolis : A Study of Vancouver*
Paul A.R. Hobson et France St-Hilaire (dir.), *Urban Governance and Finance : A Question of Who Does What*
Andrew Sancton, *Governing Canada's City-Regions : Adapting Form to Function*
William Coffey, *The Evolution of Canada's Metropolitan Economies*

Les publications sont disponibles chez :

IRPP
1470, rue Peel
Bureau 200
Montréal, Québec
H3A 1T1
Téléphone : 514-985-2461
Télécopieur : 514-985-2559
Courriel : irpp@irpp.org

et dans plusieurs librairies à travers le pays.

Résumé

Sélection au mérite et démocratisation des nominations à la Cour suprême du Canada

Jacob S. Ziegel

Le présent article explique les raisons qui appellent une réforme du système actuel de nomination des juges à la Cour suprême du Canada et offre une analyse de deux méthodes alternatives qui visent à rendre ce système plus transparent et plus démocratique, pour assurer la nomination des candidats les plus méritants.

En vertu du système actuel, toutes les nominations à la Cour suprême sont faites par le cabinet fédéral (en réalité par le premier ministre), sans consultation. Ce pouvoir inexplicable était anachronique avant l'adoption en 1982 de la Charte canadienne des droits et libertés et a entraîné de nombreux abus. Aux yeux de plusieurs observateurs, il est devenu totalement inacceptable depuis l'adoption de la Charte, la Cour suprême étant devenue l'une des cours occidentales les plus puissantes et ses décisions affectant tous les aspects de la vie canadienne.

Par conséquent, cet article explore des méthodes alternatives de nomination. La première consiste à créer une commission de mise en candidature à la Cour suprême chaque fois que se présente une vacance. Les neuf membres, représentant une variété de circonscriptions électorales, présenteraient au premier ministre une liste restreinte de candidats parmi lesquels le gouvernement fédéral devrait choisir.

L'autre méthode exigerait que toutes les nominations à la Cour (précédées ou non d'une prodécure de mise en candidature) soient confirmées par un comité de la Chambre des communes ou par un comité conjoint de la Chambre des communes et du Sénat. Une procédure de confirmation des nominations à la Cour suprême des États-Unis est prescrite par la Constitution américaine. L'appui à l'adoption d'une telle mesure pour les nominations à la Cour suprême du Canada a été formulé dans plusieurs rapports officiels traitant de l'enchâssement dans la Constitution canadienne des dispositions relatives à la Cour suprême.

Une exigence de confirmation parlementaire procure sans doute le plus haut degré de transparence et de crédibilité, mais elle se heurte à une forte opposition dans les cercles gouvernementaux et parmi les membres de la Cour suprême elle-même. On craint qu'elle ne conduise à la politisation du processus de nomination et ne compromette l'indépendance de la Cour. Cet article soutient que, bien qu'il puisse exister des difficultés constitutionnelles à codifier l'exigence de confirmation et des obstacles politiques à assurer son bon fonctionnement — en raison du système de vote de parti au Parlement canadien — ces inquiétudes sont grandement exagérées. De son côté, la création d'une commission de mise en candidature à la Cour suprême ne soulèverait pas de telles difficultés.

L'article conclut que les Canadiens ne peuvent plus se permettre l'indifférence face à cette question et qu'ils devraient faire pression en faveur de l'adoption de l'une de ces méthodes alternatives de sélection.